


3 1761 11649955 9



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116499559>

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 59

Thursday, June 16, 1977

Chairman: Mr. Norman Cafik

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 59

Le jeudi 16 juin 1977

Président: M. Norman Cafik

Government
Publications

*Minutes of Proceedings and Evidence
of the Standing Committee on*

Finance, Trade and Economic Affairs

*Procès-verbaux et témoignages
du Comité permanent des*

Finances, du commerce et des questions économiques

RESPECTING:

Subject-matter of Bill C-42, An Act to amend the
Combines Investigation Act and to amend the
Bank Act and other Acts in relation thereto or in
consequence thereof.

CONCERNANT:

L'objet du Bill C-42, Loi modifiant la Loi relative
aux enquêtes sur les coalitions et apportant des
modifications corrélatives à la Loi sur les banques
et à d'autres lois.

WITNESSES:

See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)



Second Session of the
Thirtieth Parliament, 1976-77

Deuxième session de la
trentième législature, 1976-1977

HOUSE OF COMMONS

Issue No. 59

Thursday, June 16, 1977

Chairman: Mr. Norman Cafik

CHAMBRE DES COMMUNES

Fascicule n° 59

Le jeudi 16 juin 1977

Président: M. Norman Cafik

*Minutes of Proceedings and Evidence
of the Standing Committee on*

Finance, Trade and Economic Affairs

*Procès-verbaux et témoignages
du Comité permanent des*

Finances, du commerce et des questions économiques

RESPECTING:

Subject-matter of Bill C-42, An Act to amend the
Combines Investigation Act and to amend the
Bank Act and other Acts in relation thereto or in
consequence thereof.

CONCERNANT:

L'objet du Bill C-42, Loi modifiant la Loi relative
aux enquêtes sur les coalitions et apportant des
modifications corrélatives à la Loi sur les banques
et à d'autres lois.

WITNESSES:

(See back cover)

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

Second Session of the
Thirtieth Parliament, 1976-77

Deuxième session de la
trentième législature, 1976-1977

STANDING COMMITTEE ON FINANCE,
TRADE AND ECONOMIC AFFAIRSCOMITÉ PERMANENT DES FINANCES,
DU COMMERCE ET DES QUESTIONS
ÉCONOMIQUES*Chairman:* Mr. Norman Cafik*Président:* M. Norman Cafik*Vice-Chairman:* Mr. Herb Breau*Vice-président:* M. Herb Breau

Messrs.

Messieurs

Andres (*Lincoln*)

Condon

Clarke

Daudlin

(*Vancouver Quadra*)

Demers

Clermont

Huntington

Collenette

Kempling

Lajoie

Lambert (*Bellechasse*)

Lambert

(*Edmonton-West*)Leblanc (*Laurier*)

McCain

Philbrook

Ritchie

Rodriguez

Stevens

Le greffier du Comité

Santosh Sirpaul

Clerk of the Committee

Pursuant to S.O. 65(4)(b)

Conformément à l'article 65(4)b) du Règlement

On Thursday, June 16, 1977:

Le jeudi 16 juin 1977:

Mr. Lambert (*Edmonton West*) replaced Mr. Scott;M. Lambert (*Edmonton-Ouest*) remplace M. Scott;Mr. Munro (*Esquimalt-Saanich*) replaced Mr. Balfour;M. Munro (*Esquimalt-Saanich*) remplace M. Balfour;Mr. McCain replaced Mr. Munro (*Esquimalt-Saanich*);M. McCain remplace M. Munro (*Esquimalt-Saanich*);

Mr. Kempling replaced Mr. Wise.

M. Kempling remplace M. Wise.

MINUTES OF PROCEEDINGS

THURSDAY, JUNE 16, 1977

(71)

[Text]

The Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs met at 9:47 o'clock a.m. this day, the Chairman, Mr. Cafik, presiding.

Members of the Committee present: Messrs. Breau, Cafik, Clarke (*Vancouver Quadra*), Clermont, Demers, Huntington, Lajoie, Lambert (*Bellechasse*), Lambert (*Edmonton West*), Munro (*Esquimalt-Saanich*) and Philbrook.

Other Members present: Messrs. McCain, O'Connell and Mrs. Pigott.

Witnesses: From the Grocery Products Manufacturers of Canada: Mr. G. G. E. Steele, President; Mr. V. J. Housez, Chairman of the Board, President and Chief Executive Officer of Standard Brands Canada Limited; Mr. P. V. Moyes, Executive Vice-President. *From the Canadian Petroleum Association:* Mr. G. W. Lade, Vice-President and General Counsel; Mr. Hans Maciej, Technical Director; Mr. J. D. Palmer, Manager Legal Division, Texaco Exploration Canada Limited. *From the Department of Consumer and Corporate Affairs:* Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research; Mr. Robert J. Bertrand, Assistant Deputy Minister, Competition Policy and Director of Investigation and Research; Mr. Dennis De Melto, Director, Manufacturing Branch.

In attendance: Mr. Donald Affleck, Counsel to the Committee and Mr. Frank J. Klassen, Library of Parliament, Research Branch.

The Committee resumed consideration of its Order of Reference relating to the subject-matter of Bill C-42, An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof. (*See Minutes of Proceedings, Thursday, March 31, 1977, Issue No. 32*).

Mr. Steele, from the Grocery Products Manufacturers of Canada, made a statement.

It was agreed,—That the brief submitted by the Grocery Products Manufacturers of Canada be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings and Evidence. (*See Appendix "FTE-39"*).

It was agreed,—That the correspondence between the Grocery Products Manufacturers of Canada and Dr. Lawrence Skeoch of June 14, 1977, be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings. (*See Appendix "FTE-40"*).

The witnesses from the Grocery Products Manufacturers of Canada and Mr. Davidson, from the Department of Consumer and Corporate Affairs, answered questions.

Mr. Lade, from the Canadian Petroleum Association, made a statement.

It was agreed,—That the brief submitted by the Canadian Petroleum Association be printed as soon as the translation is made available.

The witnesses from the Canadian Petroleum Association answered questions.

PROCÈS-VERBAL

LE JEUDI 16 JUIN 1977

(71)

[Traduction]

Le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques se réunit aujourd'hui à 9 h 47 sous la présidence de M. Cafik (président).

Membres du Comité présents: MM. Breau, Cafik, Clarke (*Vancouver Quadra*), Clermont, Demers, Huntington, Lajoie, Lambert (*Bellechasse*), Lambert (*Edmonton-Ouest*), Munro (*Esquimalt-Saanich*) et Philbrook.

Autres députés présents: MM. McCain, O'Connell et M^{me} Pigott.

Témoins: Des Fabricants canadiens de produits alimentaires: M. G. G. E. Steele, président; M. V. J. Housez, président du Conseil d'administration et président directeur général Standard Brands Canada Limited; M. P. V. Moyes, vice-président exécutif. *De la Canadian Petroleum Association:* M. G. W. Lade, vice-président et conseiller général; M. Hans Maciej, directeur technique; M. J. D. Palmer, directeur de la Division juridique, Texaco Exploration Canada Limited. *Du ministère de la Consommation et des Corporations:* M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches; M. Robert J. Bertrand, sous-ministre adjoint, politique de concurrence et directeur des enquêtes et recherches; M. Dennis De Melto, directeur, Division du secteur secondaire.

Aussi présents: M. Donald Affleck, conseiller du Comité et M. Frank J. Klassen, Service de recherches, Bibliothèque du Parlement.

Le Comité poursuit l'étude de son ordre de renvoi portant sur l'objet du bill C-42, loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications relatives à la loi sur les banques et à d'autres lois. (*Voir procès-verbal du 31 mars 1977, fascicule n° 32*).

M. Steele des Fabricants canadiens de produits alimentaires fait une déclaration.

Il est convenu,—Que le mémoire présenté par les Fabricants canadiens de produits alimentaires soit joint aux procès-verbal et témoignages de ce jour. (*Voir Appendice "FTE-39"*).

Il est convenu,—Que la correspondance échangée entre les Fabricants canadiens de produits alimentaires et M. Lawrence Skeoch en date du 14 juin 1977, soit jointe aux procès-verbal et témoignages de ce jour. (*Voir Appendice "FTE-40"*).

Les témoins des Fabricants canadiens de produits alimentaires et M. Davidson du ministère de la Consommation et des Corporations répondent aux questions.

M. Lade, de la Canadian Petroleum Association, fait une déclaration.

Il est convenu,—Que le mémoire présenté par la Canadian Petroleum Association soit imprimé dès que la traduction sera terminée.

Les témoins de la Canadian Petroleum Association répondent aux questions.

Messrs. Bertrand and De Melto, from the Department of Consumer and Corporate Affairs, answered questions.

During the course of the meeting, Counsel to the Committee answered questions.

At 12:40 o'clock p.m. the Committee adjourned until 3:30 o'clock p.m. this day.

AFTERNOON SITTING

(72)

The Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs met at 3:36 o'clock p.m. this day, the Chairman, Mr. Cafik, presiding.

Members of the Committee present: Messrs. Breau, Cafik, Clermont, Huntington, Lambert (*Edmonton West*), McCain and Philbrook.

Other Member present: Mr. Railton.

Witnesses: Mr. W. T. Stanbury, Associate Professor, Faculty of Commerce and Business Administration, University of British Columbia; Dr. D. E. Armstrong, Faculty of Management, McGill University; Professor Peter Friesen, Faculty of Management, McGill University. *From the Department of Consumer and Corporate Affairs:* Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research; Mr. Robert J. Bertrand, Assistant Deputy Minister, Competition Policy and Director of Investigation and Research.

In attendance: Mr. Donald Affleck, Counsel to the Committee and Mr. Frank J. Klassen, Library of Parliament, Research Branch.

The Committee resumed consideration of its Order of Reference relating to the subject-matter of Bill C-42, An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof. (*See Minutes of Proceedings, Thursday, March 31, 1977, Issue No. 32*).

Professor Stanbury made a statement.

It was agreed,—That the following briefs be printed as appendices to this day's Minutes of Proceedings and Evidence.

1. Professor W. T. Stanbury (*See Appendix "FTE-41"*)

2. Dr. D. E. Armstrong (*See Appendix "FTE-42"*).

Dr. Armstrong and Professor Friesen made statements.

Messrs. Stanbury, Armstrong and Friesen answered questions.

The witnesses from the Department of Consumer and Corporate Affairs answered questions.

It was agreed,—That the statement by Robert J. Bertrand, Director of Investigation and Research Combines Investigation Act, of June 16, 1977, be printed as an appendix at a later date.

During the course of the meeting, Counsel to the Committee questioned the witnesses.

At 6:13 o'clock p.m. the Committee adjourned until 8:00 o'clock p.m. this evening.

MM. Bertrand et De Melto du ministère de la Consommation et des Corporations répondent aux questions.

Au cours de la séance, le conseiller du Comité répond aux questions.

A 12 h 40, le Comité suspend ses travaux jusqu'à 15 h 30.

SÉANCE DE L'APRÈS-MIDI

(72)

Le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques se réunit aujourd'hui à 15 h 36 sous la présidence de M. Cafik (président).

Membres du Comité présents: MM. Breau, Cafik, Clermont, Huntington, Lambert (*Edmonton-Ouest*), McCain et Philbrook.

Autre député présent: M. Railton.

Témoins: M. T. Stanbury, professeur associé, Faculty of Commerce and Business Administration, Université de la Colombie-Britannique; M. D. E. Armstrong, Faculté de gestion, Université McGill; le professeur Peter Friesen, Faculté de gestion, Université McGill. *Du ministère de la Consommation et des Corporations:* M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches; M. Robert J. Bertrand, sous-ministre adjoint, politique de la concurrence et directeur des enquêtes et recherches.

Aussi présents: M. Donald Affleck, conseiller du Comité et M. Frank J. Klassen, Bibliothèque du Parlement, Service de recherches.

Le Comité poursuit l'étude de son ordre de renvoi portant sur l'objet du bill C-42, Loi modifiant la loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois. (*Voir procès-verbal du jeudi 31 mars 1977, fascicule n° 32*).

Le professeur Stanbury fait une déclaration.

Il est convenu,—Que les mémoires suivants soient joints aux procès-verbal et témoignages de ce jour.

1. Le professeur W. T. Stanbury (*Voir Appendice «FTE-41»*).

2. M. D. E. Armstrong (*Voir Appendice «FTE-42»*).

M. Armstrong et le professeur Friesen font des déclarations.

MM. Stanbury, Armstrong et Friesen répondent aux questions.

Les témoins du ministère de la Consommation et des Corporations répondent aux questions.

Il est convenu,—Que la déclaration de M. Robert J. Bertrand, directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, du 16 juin 1977, soit imprimée en appendice à une date ultérieure.

Au cours de la séance, le conseiller du Comité interroge les témoins.

A 18 h 13, le Comité suspend ses travaux jusqu'à 20 heures.

EVENING SITTING

(73)

The Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs met at 8:08 o'clock p.m. this day, the Chairman, Mr. Cafik, presiding.

Members of the Committee present: Messrs. Cafik, Clermont, Huntington, McCain and Philbrook.

Witnesses: From Imperial Oil Limited: Mr. D. H. MacAllan, Vice-President, Corporate Affairs and General Secretary; Dr. W. D. R. Eldon, Senior Advisor, Government Relations Division, Corporate Affairs Department, and Mr. H. G. Batt, Q.C., Associate General Counsel. *From the Department of Consumer and Corporate Affairs:* Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research, and Mr. Dennis De Melto, Director, Manufacturing Branch.

In attendance: Mr. Donald Affleck, Counsel to the Committee and Mr. Frank J. Klassen, Library of Parliament, Research Branch.

The Committee resumed consideration of its Order of Reference relating to the subject-matter of Bill C-42, An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof. (*See Minutes of Proceedings, Thursday, March 31, 1977, Issue No. 32*).

It was agreed,—That the brief submitted by Imperial Oil Limited be printed as an appendix to this day's Minutes of Proceedings and Evidence. (*See Appendix "FTE-43"*).

Mr. MacAllan made a statement.

The witnesses from Imperial Oil Limited and the Department of Consumer and Corporate Affairs answered questions.

During the course of the meeting, Counsel to the Committee questioned the witnesses.

At 10:37 o'clock p.m. the Committee adjourned until 9:30 o'clock a.m., Friday, June 17, 1977.

SÉANCE DU SOIR

(73)

Le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques se réunit aujourd'hui à 20 h 08 sous la présidence de M. Cafik (président).

Membres du Comité présents: MM. Cafik, Clermont, Huntington, McCain et Philbrook.

Témoins: De l'Imperial Oil Ltd.: M. D. H. MacAllan, vice-président, Corporations et secrétaire général; M. W. D. R. Eldon, premier conseiller, Division des Relations gouvernementales, département des affaires des Corporations et M. H. G. Batt, c.r., conseiller général associé. *Du ministère de la Consommation et des Corporations:* M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches et M. Dennis De Melto, directeur, Division du secteur secondaire.

Aussi présents: M. Donald Affleck, conseiller du Comité et M. Frank J. Klassen, Bibliothèque du Parlement, Service de recherches.

Le Comité poursuit l'étude de son ordre de renvoi portant sur l'objet du bill C-42, Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois. (*Voir procès-verbal du jeudi 31 mars 1977, fascicule n° 32*).

Il est convenu,—Que le mémoire présenté par Imperial Oil Limited soit joint aux procès-verbal et témoignages de ce jour. (*Voir Appendice «FTE-43»*).

M. MacAllan fait une déclaration.

Les témoins de l'Imperial Oil et du ministère de la Consommation et des Corporations répondent aux questions.

Au cours de la séance, le conseiller du Comité interroge les témoins.

A 22 h 37, le Comité suspend ses travaux jusqu'au vendredi 17 juin 1977, à 9 h 30.

Le greffier du Comité

Santosh Sirpaul

Clerk of the Committee

EVIDENCE

(Recorded by Electronic Apparatus)

Thursday, June 16, 1977

• 0949

[Text]

The Chairman: We shall resume consideration of our order of reference relating to the subject matter of Bill C-42, an Act to Amend the Combines Investigation Act and to Amend the Bank Act and other acts in relation thereto or in consequence thereof.

I want to welcome the delegation from the Grocery Products Manufacturers of Canada. Before us today, seated to my immediate right is Mr. Steele, who is the president of Grocery Products Manufacturers of Canada; to this immediate right is Mr. Moyes, the executive vice-president of the association; and to his right is Mr. Housez, chairman of the board of the association and president and chief executive officer of Standard Brands of Canada Limited. Welcome, gentlemen.

I want now to provide an opportunity to Mr. Steele, the president of Grocery Products Manufacturers of Canada, of making a brief statement covering the central points of the recommendations that they are making in respect of this subject matter.

Mr. Steele.

Mr. G. G. E. Steele (President, Grocery Products Manufacturers of Canada): Thank you, Mr. Chairman. Perhaps first you would permit me just to comment that we have two other members of the executive committee of our board here this morning: Mr. Wygant, the president of General Bakeries Limited, and Mr. Korhonen, the president of Campbell Soup Company Limited; and in addition to them, several senior officers of companies with the association, either in marketing or other capacities. So, if questions do arise, I am sure that they would be willing to take part if the Committee wanted them to come forward to the table. However, we would hope that those who are here at the table will be able to deal with most of the points.

Mr. Chairman, what I would like to do, as other witnesses have done, is not to go through the brief with the Committee—it has been distributed—but to deal first with a short introductory statement, which, again, is available to the Committee and is the summary, really, of the main points which we would like to touch on this morning; and then, in addition to that, sir, with your permission and with the permission of the Committee, to make some reference to another short statement which I prepared as a result of extensive discussions with Dr. Skeoch on two points which we are going to touch on in our own brief: namely, the question of price differentiation and the points of view about that, and the question of joint monopoly and conscious parallelism. Both of these points are very prominent, of course, in the dynamic change book which was prepared by Dr. Skeoch and Dr. McDonald.

But if I could deal first with our own brief summary, it would be as follows . . .

The Chairman: Excuse me. In light of the fact that you mention another document, perhaps I should seek concurrence

TÉMOIGNAGES

(Enregistrement électronique)

Le jeudi 16 juin 1977

[Translation]

Le président: Nous reprenons l'étude de notre ordre de renvoi portant sur l'objet du Bill C-42, Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois.

Je voudrais souhaiter la bienvenue à la délégation des Fabricants canadiens de produits alimentaires. Assis à ma droite immédiate se trouve M. Steele, qui est le président des Fabricants canadiens de produits alimentaires; à ma droite se trouve M. Moyes, vice-président exécutif de l'Association, et à sa droite, M. Housez, président du conseil d'administration de l'Association et président-directeur général de Standard Brands of Canada Limited. Nous vous souhaitons la bienvenue, messieurs.

Je voudrais donner la parole à M. Steele, le président des Fabricants canadiens de produits alimentaires, afin qu'il nous fasse une brève déclaration portant sur les points essentiels des recommandations que fait son association au sujet du projet de loi.

Monsieur Steele.

M. G. G. E. Steele (président, Fabricants canadiens de produits alimentaires): Merci, monsieur le président. Je voudrais tout d'abord ajouter que nous avons parmi nous ce matin deux autres membres du comité exécutif de notre conseil d'administration: M. Wygant, président de General Bakeries Limited, et M. Korhonen, président de Campbell Soup Company Limited. Nous avons également parmi nous des cadres supérieurs de sociétés qui font partie de l'Association, soit comme agents de commercialisation ou à d'autres titres. Si des questions se posent, je suis certain qu'ils seront très heureux de participer si le Comité les invite à s'approcher. Cependant, nous espérons que ceux d'entre nous qui sont assis autour de la table pourront répondre à la plupart des questions.

Monsieur le président, comme l'ont fait d'autres témoins, je ne voudrais pas revoir l'ensemble du mémoire avec le Comité. Ce mémoire a été distribué et je voudrais donc commencer par une brève déclaration d'ouverture, qui a également été communiquée aux membres du Comité et qui représente un résumé des points essentiels que nous aimerions aborder ce matin; ensuite, avec votre permission et avec la permission du Comité, j'aimerais passer à une autre brève déclaration que j'ai rédigée suite à de nombreuses discussions avec M. Skeoch sur deux points que nous abordons dans notre mémoire, à savoir, la question des écarts de prix et la question de la monopolisation en participation et de l'établissement délibéré de politiques parallèles. Ces deux éléments sont particulièrement mis en lumière dans l'ouvrage sur le changement dynamique rédigé par M. Skeoch et M. McDonald.

Mais je voudrais tout d'abord commencer par récapituler notre mémoire.

Le président: Excusez-moi. Étant donné que vous avez mentionné un autre document, je pourrais peut-être demander

[Texte]

of the Committee first, to attach to the *Minutes of Proceedings* of today's meeting the brief that you have submitted, and secondly, if it is the wish of the Committee, that this secondary document that has been discussed, relating to the conversations between Skeoch and the association, if it is agreeable, be attached to the *Minutes of Proceedings*, as well.

Mr. Huntington: How thick is it?

Mr. Steele: It is only three pages, Mr. Huntington.

The Chairman: It is only a three-page resume, I think, of that relationship.

Mr. Huntington: Right.

Mr. Steele: It is a shortened, Steele version of what Skeoch said.

The Chairman: Now the latter document is not available in both official languages and it is for that reason that I propose that it be attached to our proceedings and therefore would be available in both languages. Agreed?

Some hon. Members: Agreed.

Mr. Steele: Mr. Chairman, our brief makes a number of general recommendations. For example, we ask that the constitutional validity of the proposed law be established before it is resubmitted to Parliament; that the actions of the Competition Board be subject to some form of Cabinet scrutiny and control; that there should be a right of full appeal, or a procedure calling for full appeal, from the findings of the Board; that the actions of the Competition Policy Advocate, as conceived in the proposed legislation, be reviewable by the Attorney General with more specific rules governing the exercise of his powers; and that the class actions procedure be modified in a number of ways to make it more evenhanded between plaintiffs and defendants. We can go into this point at greater length.

We are aware that our concerns in these general areas are shared by many of the individuals and bodies who have appeared before you. We would, therefore, not propose in this statement to repeat the testimony you have already heard which leads us to these conclusions but of course we would be very pleased to answer questions on them. Instead, we feel that it may be more helpful to discuss those provisions which, in our opinion, would have a particular and special impact on the grocery industry of Canada.

The grocery industry comprises at least 22 major product categories, supplying the daily needs of Canadians from coast to coast. It is a tribute to this industry that consumer expenditures on food consumed at home, as a percentage of disposable income, have fallen from 18 per cent in 1961 to 14.5 per cent today, and these are based on the national accounts figures. It is not just a piece of self-advertising, Mr. Chairman. We think it is important in thinking about the competitiveness of the industry to keep in mind that this kind of record has prevailed over the years.

[Traduction]

l'accord du Comité pour que le mémoire que vous avez présenté, ainsi que ce document secondaire dont vous parlez, qui porte sur les conversations qui ont eu lieu entre M. Skeoch et l'Association, soient annexés au compte rendu de la séance d'aujourd'hui.

M. Huntington: Ce document est-il très épais?

M. Steele: Non, il n'a que trois pages monsieur Huntington.

Le président: Il s'agit d'un résumé de trois pages des conversations dont il est question.

M. Huntington: D'accord.

M. Steele: Il s'agit d'une version abrégée par M. Steele de ce que M. Skeoch a dit.

Le président: Le dernier document cité n'est pas disponible dans les deux langues officielles et, pour cette raison, je propose qu'il soit annexé au compte rendu de notre séance. Ainsi, il serait disponible dans les deux langues. D'accord?

Des voix: D'accord.

M. Steele: Monsieur le président, notre mémoire fait un certain nombre de recommandations d'ordre général. Par exemple, nous demandons que la validité constitutionnelle de la loi proposée soit établie avant qu'elle ne passe à nouveau devant le Parlement; que les actes de la Commission de la concurrence soient assujettis à une certaine forme de contrôle et de vérification de la part du conseil des ministres; qu'un plein droit d'appel, ou une procédure prévoyant des appels intégraux soit établi conformément aux conclusions de la Commission; que les actes de l'administrateur de la politique de la concurrence soient révisés par le Procureur général, tel que prévu dans la loi proposée, est que des règlements plus précis régissent l'exercice de ses pouvoirs; et que la procédure des actions collectives soit modifiée à plusieurs égards afin d'être plus uniforme pour les plaignants comme pour les défendeurs. Nous pourrions d'ailleurs envisager ceci en détail.

Nous savons que nos préoccupations dans ce domaine d'ordre général sont partagées par la majorité des individus ou des groupes qui ont comparu devant vous. Nous ne nous proposons donc pas dans ce rapport de répéter ce qui nous a amenés à tirer ces conclusions, car vous avez déjà entendu des témoignages similaires. Mais cependant, nous serions très heureux de répondre à des questions à ce sujet. Nous croyons qu'il serait peut-être plus utile de discuter des dispositions qui, selon nous, risquent d'avoir des conséquences particulières pour l'industrie des produits alimentaires au Canada.

L'industrie des produits alimentaires comprend au moins 22 catégories importantes de produits, qui répondent aux besoins quotidiens des Canadiens dans l'ensemble du pays. C'est grâce à cette industrie que le pourcentage du revenu disponible, dépensé par les consommateurs en produits alimentaires consommés à la maison, est passé de 18 p. 100 en 1961 à 14.5 p. 100 aujourd'hui, et ces chiffres sont tirés des comptes nationaux. Il ne s'agit pas, monsieur le président, de nous faire de la publicité. Puisque nous parlons de la compétitivité de l'industrie, il est important de rappeler que c'est un record que nous détenons depuis plusieurs années.

[Text]

• 0955

To produce efficiently for a market of this kind, the trend in a majority of grocery-product categories is clearly towards a relatively small number of large-scale national manufacturers competing actively in each market and with each other, and also a large number of regional and local plants. In the same way, the distribution process has become increasingly concentrated in a very small number of large supermarket chains and voluntary groups competing again with each other and each area, and with regional and local wholesalers and retailers. And we would reiterate that the system works to the benefit of the Canadian consumer, as demonstrated by the cost figures already quoted. It is, we would submit, the only solution which is realistic in terms of Canada's economic geography. This is recognized by the Department of Industry, Trade and Commerce, which advocates rationalization and mergers of uneconomic units in this industry.

The provisions of Bill C-42 relating to monopolies, joint monopolies and price differentiation do not, in our opinion, take these facts sufficiently into account. We do not take issue in any way with the need for powers to regulate the competitive behaviour of monopolies. However, the bill contains its own interpretation of what constitutes a monopoly, and this includes a company with less than 50 per cent of the market. Such a curious definition in proposed Section 31.72(5) therefore would give the board the power to investigate and to regulate virtually any firm of relative strength in a market. To describe these powers as being given to control monopolies, as that term is generally understood, is, in our opinion, for the government itself to engage in misleading advertising.

We would also draw your attention to the following proposed Section 31.73, which introduces the concept of joint monopolies. Closely matching policies or conduct by a small number of firms is enough to constitute a joint monopoly, even if it is, and I would quote as follows, "based on nothing more than a mutual recognition of their interdependence". That is a statement at page 192 of the blue book. That is the end of the quote from proposed Subsection (3).

This quote, in our view, will work against the consumer interest by inhibiting price reductions in the grocery industry. The forces of competition make any manufacturer acutely aware that a reduction in price by a major competitor must be matched promptly, if he is to stay in business. That would seem to us to be "a mutual recognition of interdependence", and, as such, it could be investigated and regulated by the board as joint monopolization.

We view the cumulative effects of the provisions relating to monopolies and joint monopolies as simple licences for the investigation and behavioural regulation by the board of any firm of significance in the Canadian marketplace.

[Translation]

Pour promouvoir l'efficacité de la production sur un marché comme celui-ci, il est nécessaire que la majorité des catégories de produits alimentaires fassent l'objet d'une concurrence active entre un nombre relativement faible de fabricants nationaux au sein de chaque marché et avec les autres marchés, ainsi qu'entre un grand nombre d'usines locales et régionales. De la même façon, le processus de distribution s'est de plus en plus concentré entre un très petit nombre d'importantes chaînes de supermarchés et de groupes bénévoles qui livrent une concurrence active aux détaillants et aux grossistes régionaux et locaux. Nous répétons que ce système fonctionne au profit des consommateurs canadiens, comme le démontrent les chiffres que nous venons de citer. Nous pensons que c'est la seule solution réaliste, compte tenu de la géographie économique du Canada. Le ministère de l'Industrie et du Commerce a reconnu ce fait, puisqu'il préconise la rationalisation et la fusion des secteurs non rentables de cette industrie.

Les dispositions du Bill C-42 portant sur les monopoles, les monopoles conjoints et les écarts des prix ne tiennent pas suffisamment compte, selon nous, de ces facteurs. Nous ne contestons absolument pas qu'il soit nécessaire d'établir certains pouvoirs de réglementation des activités concurrentielles des monopoles. Mais cependant, ce projet de loi contient sa propre interprétation de ce que constitue un monopole, et cette définition inclut une société qui détient moins de 50 p. 100 du marché. Cette définition, que l'on trouve à l'article 31.72(5), donne à la Commission le pouvoir de mener une enquête et pratiquement de réglementer les activités de toute société relativement forte sur un marché donné. Prétendre que ces pouvoirs visent à contrôler les monopoles, au sens généralement donné à ce terme, constitue, selon nous, de la part du gouvernement une publicité mensongère.

Nous aimerions également attirer votre attention sur l'article 31.73, qui introduit le concept des monopoles conjoints. L'adoption de politiques et de comportements parallèles de la part d'un petit nombre de sociétés suffit à constituer un monopole conjoint, même si, et je cite: «Leur orientation parallèle ou leur comportement semblable n'est fondé que sur la reconnaissance réciproque d'un lien d'interdépendance.» Cette déclaration se trouve à la page 192 du Livre bleu et constitue la dernière phrase du troisième paragraphe de l'article proposé.

Une telle affirmation nous semble aller à l'encontre de l'intérêt du consommateur, dans la mesure où elle gêne les réductions de prix pratiquées dans l'industrie des produits alimentaires. Compte tenu des forces de la concurrence, tout fabricant sait parfaitement que si un concurrent important baisse ses prix, il doit réagir promptement s'il veut rester dans les affaires. Cela constitue selon nous «la reconnaissance réciproque d'un lien d'interdépendance» et, à ce titre, devrait faire l'objet des mêmes enquêtes et de la même réglementation par la Commission que les monopoles conjoints.

Nous pensons que les effets cumulatifs des dispositions portant sur les monopoles et sur les monopoles conjoints ne font qu'autoriser la Commission à faire des enquêtes et à

[Texte]

We believe these proposals should be abandoned since monopoly or group anticompetitive activity of a collusive nature is already very effectively controlled by the provisions of the criminal law. No evidence has been advanced to establish the need for an additional civil law approach in the circumstances that I have just described.

Our most serious concern with the bill lies in the area of pricing policy. A new civil law concept of price differentiation, based primarily on cost justification, is proposed in proposed Section 31.77. The Committee is undoubtedly aware that the United States has had a long history of cost justification requirements under the Robinson-Patman Act.

Serious questions have been raised as to whether the Act has adverse effects on competition and consumers and, if so, does it offer any concrete countervailing benefit to small businessmen which cannot be achieved by less harmful alternatives? Dealing with the U.S. experience, the U.S. Department of Justice has just this year published a report reviewing this entire matter, and it concludes, and I quote:

The Act promotes high prices, restricted entry and inefficiency in the distribution of goods. Any prohibition directed against non-predatory price discrimination only subjects the business community to needlessly complex regulatory restrictions. Such restrictions are inherently more likely to impede pro-competitive behaviour and to prevent activity that may ultimately lead to lessened competition. Thus, serious consideration should be given to repealing the Robinson-Patman Act, and Section 2 of the Clayton Act, which it amended.

• 1000

That whole statement appears in the report of the U.S. Department of Justice.

In Canada, the Special Advisory Committee under the chairmanship of Professor Skeoch, appointed by the Minister of Consumer and Corporate Affairs to advise him on a competition policy for Canada, strongly recommended against any form of cost justification, which it viewed as anti-competitive, leading to price uniformity at a high level and seriously disturbing the competitive process. Dr. Skeoch has expanded on this point in the paper which you have accepted to appear in today's *Proceedings*, Mr. Chairman.

We strongly support those views and we recommend that the price differentiation proposal be dropped.

If a legislative approach is to be made to this problem—and we believe it is too complex to lend itself to legislative solutions—then we recommend quite simply that each questioned practice be studied as a total transaction, including both the

[Traduction]

réglementer les activités de toute société importante sur le marché canadien.

Nous pensons que ces propositions devraient être abandonnées, puisque les activités de nature collusoire d'un monopole ou d'un groupe anticoncurrentiel sont déjà effectivement contrôlées par les dispositions du Code criminel. Aucune preuve n'a été avancée pour prouver qu'il est nécessaire de prévoir des recours civils supplémentaires dans les circonstances que je viens de décrire.

C'est au niveau de la politique des prix que ce projet de loi nous inquiète le plus. L'article 31.77 propose un nouveau concept de droit civil, à savoir celui de la différenciation en matière de prix. Ce concept se justifie essentiellement en raison des coûts. Le Comité n'ignore certainement pas que la loi Robinson-Patman, aux États-Unis, exige depuis longtemps la justification des coûts.

Plusieurs questions ont été soulevées pour savoir si la loi a des effets néfastes sur la concurrence et les consommateurs, et pour savoir si, en ce cas, elle offre une compensation concrète aux petites entreprises, au cas où des solutions moins désavantageuses ne peuvent pas être trouvées. Compte tenu de l'expérience américaine, le ministère de la Justice des États-Unis vient de publier cette année un rapport qui étudie l'ensemble de la question et voici la conclusion de ce rapport:

La loi se traduit par la hausse des prix, la restriction sur l'entrée des produits et l'inefficacité de la distribution des biens. Toute mesure visant à empêcher la discrimination non abusive des prix ne fait qu'assujettir les entreprises à des restrictions de réglementation inutilement compliquées. Certaines restrictions semblent davantage susceptibles de gêner les activités favorables à la concurrence et d'empêcher des activités qui risquent de réduire la concurrence. Il est donc important d'envisager l'abrogation de la Robinson-Patman Act, et de l'article 2 de la Clayton Act, qui a été modifié.

On pourra trouver l'ensemble de cette déclaration dans le rapport du ministère de la Justice des États-Unis.

Au Canada, le ministre de la Consommation et des Corporations a nommé le professeur Skeoch à la présidence du Comité consultatif spécial chargé de la conseiller sur une politique canadienne de la concurrence. Ce comité s'est fermement opposé à toute forme de justification des coûts en alléguant qu'il s'agit d'une procédure anti-concurrentielle susceptible d'uniformiser les prix à un niveau élevé et de déséquilibrer gravement le processus concurrentiel. M. Skeoch s'est longuement expliqué à ce sujet dans le document que vous avez accepté d'annexer au compte rendu de la séance d'aujourd'hui, monsieur le président.

Nous appuyons fermement ces opinions et nous recommandons que la proposition relative aux écarts des prix soit abandonnée.

Si ce problème doit donner lieu à l'élaboration d'une loi, bien que, selon nous, il soit beaucoup trop complexe pour se prêter à des solutions d'ordre législatif, alors, nous recommandons simplement que chaque pratique contestée soit considérée

[Text]

buyer and the seller, both the offer and the acceptance, both the price and any allowances connected with the transaction. Any board order should be made applicable to all buyers and sellers. Failing this, the only effect of a board order would be to inhibit one individual supplier, leaving his competitors to profit by his inability to compete on their terms.

We repeat that we do not advocate this as a desirable move in our industry which, as we have shown, is efficient and competitive—or so we believe. We are subject to the pressure of intense competition and a highly concentrated distribution system. These pressures are highly painful to our members. However, we do not think it would be to the benefit of the Canadian economy or the Canadian consumer to attempt to shield us by further legislation, other than by reinforcing the present price discrimination and allowance provisions of proposed Sections 34 and 35 with an unequivocal statement that the knowing receipt of discriminatory prices or allowances constitutes a criminal offence.

Mr. Chairman, that is the end of our introductory statement which, as I said, concentrates on the price question rather than the joint monopolization.

The Chairman: Thank you very much, Mr. Steele. We will now proceed to questioning.

Mr. Huntington.

Mr. Huntington: Thank you, Mr. Chairman.

The statement just given by Mr. Steele on proposed Sections 31.77 and 34 has been corroborated in an area that has troubled me a little bit as I have tried to become familiar with the impact of C-42 on some aspects of the business world that I know of.

Mr. Steele, through you Mr. Chairman, could I have a comment from you concerning the effect of proposed Sections 31.77 and 34 on buying groups, which have their place, particularly in Western Canada, in the distribution of food?

The Chairman: Mr. Steele.

Mr. Steele: I think the buying groups are now under the present law, Mr. Chairman. This is evidence that the grouping together of a relatively small number of people to achieve the same kinds of economies of scale can be handled very well under the existing legislation. What we are concerned about as an association is that the introduction of a price differentiation test, the examination of whether or not you can actually account for the types of savings which the large buyer or large seller situation produces, is going to get us into all sorts of difficulty. So I would be concerned about the effect this might have on the buying group, of course.

Mr. Huntington: You do see buying groups coming under serious examination and perhaps being broken up with the legislation as it is written?

[Translation]

comme une transaction totale, en tenant compte de l'acheteur et du vendeur, de l'offre et de l'acceptation de l'offre, du prix et de toutes les indemnités découlant de l'opération. Toute ordonnance de la Commission devrait pouvoir s'appliquer à tous les vendeurs et à tous les acheteurs. Dans le cas contraire, les ordonnances de la Commission n'auraient pour seul effet que de nuire à un fournisseur individuel, en permettant ainsi à ses concurrents de profiter de son incapacité à être concurrentiel selon leurs conditions.

Nous répétons que cela ne nous semble pas être une mesure souhaitable pour notre industrie, qui, comme nous l'avons montré, est efficace et concurrentielle. C'est du moins ce que nous croyons. Nous sommes soumis aux pressions d'une concurrence intense et d'un système de distribution hautement concentré. Ces tensions portent atteinte aux membres de notre association. Cependant, nous pensons que pas plus l'économie canadienne que les consommateurs canadiens ont intérêt à ce que l'on nous impose une autre loi, dont les dispositions sur les écarts de prix et sur les autorisations proposées aux articles 34 et 35 du projet de loi ne font que renforcer une déclaration catégorique, à savoir que l'établissement de prix ou d'autorisations discriminatoires constituent un délit criminel.

Monsieur le président, cela met fin à notre déclaration d'ouverture qui, comme je l'ai dit, porte plutôt sur la question des prix que sur celle des monopoles conjoints.

Le président: Merci beaucoup, monsieur Steele. Nous passons maintenant aux questions.

Monsieur Huntington.

M. Huntington: Merci, monsieur le président.

La déclaration que vient de faire M. Steele au sujet des articles 31.77 et 34 du projet de loi corroborent mes préoccupations, dans la mesure où je me suis efforcé d'étudier les conséquences du Bill C-42 à l'égard de certains secteurs du monde des affaires que je connais bien.

Monsieur Steele, pourriez-vous nous dire ce que vous pensez des conséquences de l'article 31.77 et de l'article 34 sur les groupes d'acheteurs, qui ont un rôle à jouer, en particulier dans l'Ouest du Canada, au niveau de la distribution des produits alimentaires?

Le président: Monsieur Steele.

M. Steele: Je crois que les groupes d'acheteurs sont actuellement assujettis à la loi, monsieur le président. Cela signifie que la loi actuelle peut très bien s'appliquer à un groupe relativement peu nombreux d'individus qui souhaitent promouvoir le même type d'économies d'échelle. Notre association redoute que l'établissement d'une disposition relative à la différenciation en matière de prix nous cause toutes sortes de difficultés, dans la mesure où il est difficile d'évaluer les économies réalisées par un acheteur ou par un vendeur important. Nous nous intéressons donc particulièrement aux conséquences que ce projet de loi pourrait avoir à l'endroit des acheteurs.

M. Huntington: Pensez-vous que les groupes d'acheteurs devraient faire l'objet d'un examen et devraient peut-être être morcelés en vertu de la loi telle qu'elle est rédigée?

[Texte]

• 1005

Mr. Steele: It is hard to say whether they would be broken up. It seems to us that there is a quite deliberate canting of the situation towards not the large buying group but towards the small purchaser or the small seller in this particular legislation to try to identify situations where anyone that is in the market-place and can demonstrate that they have the same cost efficiencies as those that are buying and selling in large quantities should have access to the same terms and conditions. What we are saying is that this can lead to a situation where the consumer and the other groups will not benefit.

Mr. Huntington: If you had three organizations grouping together into a buying group, let us call them A, B and C, and then there was a fourth organization, say, with a volume equal to that of A, we will call him D, who was outside the buying group, do you see the bill as now written eliminating the advantage of A over D?

Mr. Steele: In a case like that presumably the bill if it is passed into law in its present form would allow the Competition Policy Advocate to receive a complaint that that smaller buyer should have the same terms and conditions.

Mr. Huntington: I am wondering, Mr. Chairman, if you would allow the Director of Research of the Department to explain just what it is the drafters of the bill are getting at in this proposed section and if they really are trying to break down the present buying-group structure that does exist in some areas of the food distribution market.

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Roy M. Davidson (Senior Deputy Director of Investigation and Research, Department of Consumer and Corporate Affairs): Mr. Chairman, the objective of the amendment to proposed Section 34, is to make it clearer that buying groups are entitled to the same treatment if they buy on the same terms as single buyers. But the objective of the price-differentiation provision is simply to handle extreme cases; the intention of the amendment is to take care only of extreme cases. Now what I mean by that is this: proposed Section 34 says that if competitors are buying in equal quantities, they are entitled to the same price.

Until now, the act had been silent on the situation where competitors are buying in different markets. Under the current act, if competitors are buying in different quantities, then the supplier may give an advantage without limit to the larger buyer or the buyer he wishes to favour. As long as they are buying in different quantities, the supplier is free to give any advantage he likes.

The objective of the price-differentiation provision is simply to put some sort of limit on the degree to which the supplier may favour the advantaged buyer when competitors are buying in different quantities. It is not intended that there should be any sort of accounting test of the cost justification for the difference.

[Traduction]

M. Steele: Il est difficile de dire s'ils doivent ou non être morcelés. Il nous semble que cette loi est un peu hypocrite à l'endroit du petit acheteur ou du petit vendeur plutôt qu'à l'endroit des groupes d'acheteurs plus importants, dans la mesure où elle s'efforce d'identifier la situation où tous les individus qui se trouvent sur le marché et peuvent prouver qu'ils assument proportionnellement les mêmes coûts que ceux qui achètent ou vendent en grande quantité, devraient accéder aux mêmes conditions. Nous prétendons que cela peut mener à une situation où les consommateurs et les autres groupes seront désavantagés.

M. Huntington: Supposons que trois associations, A, B et C, se constituent en groupe d'acheteurs, et acceptent ensuite une quatrième association, appelons-la D, qui n'a rien à voir avec le groupe d'acheteurs. Pensez-vous que, dans son énoncé actuel, ce projet de loi élimine l'avantage de A par rapport à D?

M. Steele: Si le projet de loi était adopté tel que formulé, et dans une situation comme celle-ci, l'administrateur de la politique de la concurrence recevrait vraisemblablement une plainte exigeant que le petit acheteur bénéficie des mêmes conditions.

M. Huntington: Monsieur le président, pourrions-nous demander au directeur de la recherche du ministère de nous expliquer où les rédacteurs du projet de loi veulent en venir dans cet article. S'efforcent-ils de démanteler la structure actuelle des groupes d'acheteurs qui existent dans certains domaines du marché de la distribution des produits alimentaires?

Le président: Monsieur Davidson.

M. Roy M. Davidson (premier sous-directeur des enquêtes et recherches, ministère de la Consommation et des Corporations): Monsieur le président, l'amendement à l'article 34 vise à établir clairement que les groupes d'acheteurs ont droit au même traitement que des acheteurs individuels, s'ils achètent aux mêmes conditions. Mais la disposition relative à la différenciation en matière de prix doit uniquement s'appliquer aux cas extrêmes. Cet amendement vise à réglementer uniquement les cas extrêmes. Voici ce que je veux dire par là: l'article 34 qui est proposé stipule que si des concurrents achètent en quantités égales, ils ont le droit de bénéficier du même prix.

Jusqu'à présent, la loi a passé sous silence les situations où les concurrents achètent sur différents marchés. En vertu de la présente loi, si des concurrents achètent différentes quantités d'un produit, le fournisseur peut accorder un avantage non limité aux plus gros acheteurs ou à celui qu'il veut privilégier. Dans la mesure où les acheteurs achètent des quantités différentes, le fournisseur a le droit d'accorder les avantages qu'il veut.

L'objectif de la disposition relative à la différenciation en matière de prix consiste à fixer une sorte de limite aux avantages qu'un fournisseur peut consentir à un acheteur, lorsque les concurrents achètent différentes quantités du même produit. Il ne vise absolument pas à imposer des critères de comptabilité permettant de justifier la différence de coûts.

[Text]

The intention of the drafting is simply to permit the Board to make a judgment about whether or not there is some reasonable relationship between the advantage granted by the supplier and the cost savings accruing to him as a result of dealing with the purchaser in that larger quantity. It is only intended to get at extreme situations.

Mr. Huntington: How extensive, Mr. Chairman, may I ask, are the extreme situations? Has there been an extensive abuse of practices in this regard?

• 1010

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Roy M. Davidson: Mr. Chairman, there are a great many allegations that there have been extreme concessions made, and there are numbers of situations where the concessions to get out of line with any conceivable cost advantage in dealing with that side of the transaction.

The Chairman: Mr. Huntington, Mr. Steele has indicated that he would like to make a comment in respect to this, if that is agreeable.

Mr. Steele: At some point Mr. Chairman.

The Chairman: If it is on this specific point, I think you ought to proceed at this time.

Mr. Steele: Perhaps one brief comment on Mr. Davidson's testimony would be that the words "extreme differentiation" do not appear in the law. You are dealing with the law as drafted when they talk simply about differential situations and this makes you wonder just what kind of judgments would be brought to bear. If you will permit me, I would agree with the statement by Dr. Skeoch in this area. Instead of relying on the market to sort out the efficient from the inefficient, we are now to rely on the board to employ the black box technique to determine who is and who is not efficient. The board, instead of relying on the processes of the market to determine who is best serving the needs of the public is to interpose its judgment in a complex and unpredictable area. In terms of practical application, this legislation will have the effect of enforcing discrimination against the lower cost buyer or the lower cost method of distribution. This is a solid, if unofficial achievement of the small business lobby. In other words, attributing good intentions to those who are drafting legislation, trying to write a law which will achieve this degree of fairness is posing all sorts of complex third party judgments into a situation that is pretty dynamic and fluid. This is our concern.

The Chairman: Mr. Huntington, this will be your last question.

Mr. Huntington: Thank you. Mr. Chairman, the Grocery Products Manufacturers of Canada have extensive dealings with organized labour. Now if we look back at the preamble to the act, we are dealing with the efficient allocation and utilization of society's resources and we are trying to bring about mergers that are solely based on cost effectiveness and efficiencies, and they are trying to bring regulated industries

[Translation]

Cet article doit permettre à la Commission de décider s'il existe un rapport acceptable entre les avantages consentis par le fournisseur et les économies qu'il réalise en termes de coût en traitant avec l'acheteur le plus important. Cette disposition ne s'applique que dans des cas extrêmes.

M. Huntington: Monsieur le président, jusqu'où peut aller une situation extrême? A-t-on enregistré de nombreux abus à cet égard?

Le président: Monsieur Davidson.

M. Roy M. Davidson: Monsieur le président, on prétend dans beaucoup de milieux que des concessions fort poussées ont été accordées et qu'il y a un certain nombre de situations où ces concessions s'écartent de toute rentabilité pour ce qui est du règlement de cet aspect de la transaction.

Le président: Monsieur Huntington, M. Steele a signalé vouloir faire une observation à ce sujet, si vous voulez bien.

M. Steele: A un moment donné, monsieur le président.

Le président: Si cela porte sur ce point précis, je pense que vous devriez parler tout de suite.

M. Steele: Peut-être devrais-je faire une brève observation au sujet du témoignage de M. Davidson; les mots «différence extrême» ne figurent pas dans la loi. Vous traitez de la loi telle que rédigée actuellement, et l'on y parle simplement de situations différentes; cela nous amène à songer au type de jugement qui serait émis. Permettez-moi de convenir de l'avis de M. Skeoch à cet égard. Plutôt que de compter sur le marché pour faire le tri entre les personnes efficaces et les personnes inefficaces, nous devons maintenant compter sur la Commission, qui établira qui est et qui n'est pas efficace. Au lieu de compter sur les processus du marché pour établir qui dessert le mieux les besoins du public, la Commission doit faire intervenir son jugement dans un domaine complexe et imprévisible. Sur le plan pratique, cette loi aura pour effet de défavoriser l'acheteur à coûts inférieurs ou la méthode de distribution à coûts inférieurs. C'est là une des vraies réussites, bien qu'elle ne soit pas officielle, qui découlent des pressions exercées par les petites entreprises. Autrement dit, tout en prêtant de bonnes intentions à ceux qui rédigent cette loi, c'est faire intervenir toutes sortes de jugements complexes par des tiers dans une situation plutôt dynamique et flottante que d'essayer de rédiger une loi qui permette d'atteindre tant d'équité. Voilà ce qui nous préoccupe.

Le président: Monsieur Huntington, ce sera votre dernière question.

M. Huntington: Merci. Monsieur le président, les Fabricants canadiens de produits alimentaires ont beaucoup de rapports avec les syndicats. Revenons-en au préambule de la loi. On y traite de l'affectation et de l'utilisation efficaces des ressources de la société et nous essayons de permettre des fusions qui soient essentiellement fondées sur la rentabilité et l'efficacité; on essaie d'assujettir les industries réglementées à

[Texte]

into the same act, are you not concerned that the forces of organized labour and their powers of dealing with the food distribution industry are excluded from a document as broad and as wide as this one is and as unpredictable in future interpretations of it by boards and advocates? Do you not feel that labour should be part and parcel of this document that is going to save us from ruin?

Mr. Steele: Mr. Chairman, I am not unaware of the testimony that has been given on this subject to the Committee and my personal view on this, and it is shared by quite a number of members of the board, is that it is a lack and a severe one not to have an opportunity when you are considering something as wide ranging as Bill C-42. It is a lack not to have a full examination of the competitive effects of the bargaining situation in the labour market today. I accept in part what the Minister has given in his testimony, that the labour laws, both federal and provincial, regulate the relationships between groups of employees and employers in a collective bargaining situation but we are getting many what we will call third-party interventions or boycotting techniques being applied to industry, so we can be very severely damaged by the activities of what were previously the normal activities of collective bargaining. You can find agreements written into relationships, we will say, between retailers and their employees which will force retailers actually to boycott the products of companies who may in another context be negotiating with their employees to try to reach a settlement, and in the meantime economic pressure is being brought to bear on them.

In other words, the use of power in this situation is a highly important thing in terms of the competitive process and it should be looked at in this way. In other words, we have to take another look at the whole labour scene, in my view. We are discussing this with the Canadian Manufacturers' Association and others, and we are part of a general presentation on this.

• 1015

The Chairman: I think we might want a comment from Mr. Affleck about this labour relationship because it would strike me that with the caveat involved in this exemption for their own reasonable protection, that kind of activity may well be attackable under this act.

Mr. Affleck, would you care to comment on that?

Mr. Affleck: Mr. Chairman, just to play devil's advocate for a moment, there is a provision that allows employers to band together when negotiating agreements with unions. So one would assume that it would be fair to allow, as the act does, combinations or activities of workmen or employees for their own reasonable protection.

I would suggest that the example cited by Mr. Steele of a secondary boycott during negotiations might well be interpreted by the courts as not being a combination or agreement by

[Traduction]

la même loi; ne trouvez-vous pas inquiétant que les forces syndicales et leurs relations éventuelles avec l'industrie de distribution des aliments soient exclues d'un document aussi important que celui-ci et aussi imprévisible quant aux interprétations futures qu'en offriront les commissions et les administrateurs? Ne pensez-vous pas que les travailleurs devraient être partie intégrante de ce document qui va nous sauver de la ruine?

M. Steele: Monsieur le président, je connais les témoignages présentés au Comité à ce sujet et je pense, comme un bon nombre de membres du conseil, que c'est une grave lacune que de rater cette occasion lorsqu'il s'agit de quelque chose d'aussi vaste que le bill C-42. Il est regrettable de ne pas pouvoir entièrement examiner l'effet, sur la concurrence, des négociations collectives actuelles au sein du marché du travail. J'accepte en partie ce qu'a dit le ministre, à savoir que les lois tant fédérales que provinciales relatives au travail réglementent les relations entre employés et employeurs pour ce qui est des négociations collectives; mais nous notons un grand nombre de ce que l'on pourrait appeler des interventions de tiers ou de méthodes de boycottage de l'industrie, ce qui signifie que nous pouvons gravement souffrir des activités considérées antérieurement comme relevant du processus des négociations collectives. Certaines ententes sont conclues entre des détaillants et leurs employés, forçant ces détaillants à boycotter en réalité les produits d'entreprises qui, de leur côté, poursuivent des négociations avec leurs propres employés en vue d'en arriver à une entente; ainsi, entre-temps, certaines pressions économiques sont exercées sur ces entreprises.

Autrement dit, le recours au pouvoir constitue un facteur très important dans ces cas-là quant à la concurrence, et il faut envisager les choses de cette manière. En d'autres termes, nous devons, d'après moi, réexaminer entièrement le monde du travail. Nous discutons de cela avec l'Association des manufacturiers canadiens, et d'autres groupes, et nous souscrivons à une présentation générale à ce sujet.

Le président: Je pense que M. Affleck pourrait peut-être nous parler de ces relations de travail, parce qu'il me semble qu'avec la réserve exprimée dans cette exemption, pour la protection raisonnable des travailleurs, des activités de ce genre risquent, en vertu de la loi, de faire l'objet d'attaques.

Monsieur Affleck, aimeriez-vous dire quelque chose à ce sujet?

M. Affleck: Monsieur le président, j'aimerais jouer le rôle de l'avocat du diable pour un instant. Il y a une disposition qui permet aux employeurs de se liquer lorsqu'ils négocient des conventions avec les syndicats. On peut donc supposer qu'il serait juste de permettre, comme le fait la loi, que les travailleurs ou les employés puissent se liquer ou se livrer à certaines activités pour se protéger raisonnablement.

Je pense que l'exemple cité par M. Steele, celui d'un boycottage secondaire en cours de négociation, pourrait fort bien ne pas être considéré par les tribunaux comme étant une combine

[Text]

the union for their own reasonable protection. The provisions of the act might well be open to the particular retailer involved, and he now has an ability to bring a civil action and utilize all the provisions of the act against that union.

The Chairman: Mr. Clermont.

M. Clermont: Monsieur le président; M. Steele, dans votre mémoire, à la page 5 de la version anglaise, vous soutenez que l'administrateur devrait être responsable devant le procureur général, et qu'il devrait être sujet à destination immédiate s'il ne se conformait pas aux directives ministérielles... Si un tel amendement était apporté à la loi, monsieur Steele, quels seraient les rapports entre l'administrateur et le ministère de la Consommation et des Corporations?

Mr. Steele: I do not know, Mr. Chairman, having understood Mr. Clermont's question, whether it is one that we could answer. It seems to be more generally directed toward the Committee or to legal counsel to interpret how they would see the relationship.

The point we were trying to make here is that to have this kind of extensive powers to an appointed official without some overview of this, either by the Attorney General or another body, seems to us to be extreme.

The Chairman: Would you like a comment on this from Mr. Bertrand as it was kind of redirected?

Mr. Clermont: If he wants to.

Mr. Robert J. Bertrand (Assistant Deputy Minister, Competition Policy, and Director of Investigation and Research, Department of Consumer and Corporate Affairs): You must realize that the Advocate is to be appointed by Cabinet and as such he would be accountable to Cabinet. He could be dismissed for whatever reason the Cabinet decides to dismiss, not even for cause.

The Chairman: Mr. Affleck, I gather you are itchy to get in.

Mr. Affleck: The other thing I think should be pointed out, Mr. Clermont, is the fact that the powers that are being discussed here reside at present in the Director of Investigation and Research. There is but very little broadening of those powers simply to include computer print-outs rather than actual documents.

M. Clermont: Étant donné les remarques de M. Affleck, les témoins, semblent craindre les pouvoirs additionnels accordés à l'administrateur, peuvent-ils dire au Comité si à différentes reprises, jusqu'à ce jour ou dans certains cas, l'administrateur a abusé des pouvoirs que la loi lui confère présentement?

Mr. Steele: I do not think we have any experience we could point to, Mr. Clermont, which indicates there has been any abuse of the powers of the existing administrator or the Assistant Deputy Minister for Competition Policy. No.

• 1020

M. Clermont: Dans un autre domaine, monsieur le président... M. Steele, aux pages 6 et 7 de votre mémoire, vous

[Translation]

ou une entente des syndicats pour leur propre protection. Les dispositions de la loi peuvent très bien s'appliquer aux détaillants concernés, et ils jouiront alors de la possibilité d'intenter un procès au civil à ce syndicat et de recourir à toutes les dispositions de la loi.

Le président: Monsieur Clermont.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, Mr. Steele, you say in your brief, on page 5, that the Advocate should be accountable to the Attorney General and that he should be subject to immediate removal if he does not respect ministerial guidelines—Should such an amendment be brought to the bill, Mr. Steele, what would be the relationships between the Advocate and the Department of Consumer and Corporate Affairs?

M. Steele: Monsieur le président, ayant compris la question de M. Clermont, j'ignore si je peux y répondre. Il me semble qu'il revient plutôt au Comité ou au conseiller juridique de juger de ces rapports éventuels.

Nous essayons essentiellement de dire qu'en accordant des pouvoirs si vastes à un agent nommé sans que le procureur général, ou tout autre organisme, puisse le surveiller, on a recours à des mesures un peu excessives.

Le président: Aimerez-vous que M. Bertrand réponde à cette question?

M. Clermont: S'il le veut.

M. Robert J. Bertrand (sous-ministre adjoint, Politique de la concurrence, et directeur des enquêtes et de la recherche, ministère de la Consommation et des Corporations): Vous devez vous rendre compte que l'administrateur doit être nommé par le cabinet et sera donc comptable au cabinet. Il peut être destitué pour toute raison que le cabinet jugera bonne, ou même sans raison.

Le président: Monsieur Affleck, vous semblez avoir envie de vous mêler à cette discussion.

M. Affleck: En outre, monsieur Clermont, il faut signaler que les pouvoirs dont nous discutons ici sont les pouvoirs actuels du directeur des enquêtes et de la recherche. Il n'est que d'étendre ces pouvoirs pour qu'ils incluent les imprimés d'ordinateurs plutôt que les documents réels.

Mr. Clermont: Given Mr. Affleck's remarks, could the witnesses, who seem to fear the additional powers granted to the Advocate, tell the Committee whether, on different occasions, up to now or in certain cases, the Advocate has abused powers presently conferred upon him.

M. Steele: Monsieur Clermont, je ne pense pas que nous ayons à signaler un cas indiquant qu'il y ait eu abus de pouvoir de l'administrateur actuel ou du sous-ministre adjoint de la politique de la concurrence.

Mr. Clermont: On another subject, Mr. Chairman... Mr. Steele, on pages 6 and 7 of your brief, you suggest that the

[Texte]

suggère que le mandat de l'administrateur au lieu d'être de 10 ans, devrait être renouvelable tous les deux ans.

Si tel est le cas, monsieur Steele, est-ce que vous ne craignez pas que le fait de nommer l'administrateur tous les deux ans puisse refléter la politique du gouvernement au pouvoir au moment de la nomination?

Mr. Steele: I think, Mr. Clermont, we are really referring to the Competition Board rather than to the Advocate, the membership of the Board.

Mr. Clermont: You are right, sir.

Vous avez raison. Mais si les membres de la Commission étaient nommés tous les deux ans au lieu de tous les dix ans, vous ne craignez pas que cela puisse refléter la politique du gouvernement au pouvoir? Au lieu de leur accorder beaucoup plus d'indépendance?

Mr. Steele: I would hope, personally, that any government of the day would have its eye on the necessity for continuity in this area. We are being perhaps just a little bit provocative in suggesting a renewable two-year appointment. What we are really commenting on is the long period of up to 10 years that is contemplated in the bill. What we are saying is that there should be, really, some renewal process that is shorter than just treating this as an almost quasi-judicial appointment.

M. Clermont: Monsieur le président, monsieur Steele, dans votre mémoire vous recommandez que le mandat des membres de la Commission soit renouvelé tous les deux ans. Mais vous dites que ce n'est qu'une suggestion. Si le mandat n'est pas de deux ans, auriez-vous une autre période de temps à suggérer?

Mr. Steele: I think myself the only way to respond to that, Mr. Clermont, would be to say to take a look at what has been the trend in other regulatory or administrative tribunal bodies and say that something in a four- to six-year range is probably more appropriate.

M. Clermont: Monsieur le président, dans le mémoire, les témoins proposent que les décisions de la Commission puissent être portées en appel. Si une telle suggestion était acceptée par le Comité, ne croyez-vous pas, messieurs, que le véritable débat aurait lieu au sein des tribunaux et que les objectifs premiers concernant un tribunal administratif perdraient leur raison d'être? Je sais que certains témoins qui sont venus devant ce Comité préféreraient que ces cas soient dirigés immédiatement vers les tribunaux au lieu de passer par un tribunal administratif.

Mr. Steele: Mr. Chairman, I guess this opens up the whole question of what is contemplated to be appealable under the bill as drafted. Of course, an appeal to the Federal Court is going to be available in cases where, as they say, the Board reaches its decision on a sort of perverse finding of fact or on questions of jurisdiction or law.

What we are really trying to get across, I think, in our brief, and I think others have made this point too, is that the decisions of this Board are going to be vital to the development

[Traduction]

tenure of office of the Advocate, instead of being ten years, should be renewable every two years.

If such is the case, Mr. Steele, do you not fear that the appointment of the Advocate every two years could reflect the policy of the government in power at the time of the appointment?

M. Steele: Je pense, monsieur Clermont, que nous traitons de la Commission de la concurrence, de ses membres, plutôt que de l'administrateur.

M. Clermont: Vous avez raison, monsieur.

You are right. However, if members of the Board were appointed every two years rather than every ten years, do you not fear that this could reflect the policy of government in place? Would they not be much more independent otherwise?

M. Steele: Quant à moi, j'espère que le gouvernement de l'heure prendrait en ligne de compte la nécessité de ne pas créer d'interruption à cet égard. Peut-être sommes-nous un petit peu trop provocateurs lorsque nous proposons une nomination renouvelable tous les deux ans. Notre observation portait en réalité sur la longueur de la période de dix ans envisagée dans le bill. D'après nous, il devrait y avoir, en réalité, un processus de renouvellement à plus court terme, plutôt que de traiter cela comme une nomination parajudiciaire.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, Mr. Steele, in your brief you recommend that the mandate of members of the Commission be renewed every two years. You do say, however, that this is only a suggestion. If it were not two years, would you have any other duration to suggest?

M. Steele: La seule manière de répondre à cela, monsieur Clermont, serait d'examiner la tendance des autres organismes parajudiciaires de réglementation ou d'administration et d'opter pour une période plus appropriée, allant de quatre à six ans.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, the witnesses suggest in their brief that the Board's decisions should be appealable. If the Committee were to accept such a suggestion, do you not believe, gentlemen, that the real debate would be held within the courts and that the main objectives of this administrative tribunal would be lost? I know that some of the witnesses who appeared before this Committee would prefer that these cases be directly sent to the courts rather than going through an administrative tribunal.

M. Steele: Monsieur le président, voilà qui nous amène à toute la question des décisions contre lesquelles il serait possible d'interjeter appel en vertu du bill dans sa formulation actuelle. Mais bien sûr, on va pouvoir en appeler à la Cour fédérale dans les cas où la Commission parviendra à sa décision en se fondant sur des conclusions de faits erronées ou lorsqu'il s'agira de questions de compétence ou de droit.

Si je ne m'abuse, nous essayons principalement, dans notre mémoire, comme l'on fait d'autres personnes, de montrer que les décisions de la Commission pourront être essentielles à

[Text]

of the structure of competition and the nature and structure of industry in this country. It just seems to us that this is really not a matter that you would want to take before the courts, that some appeal mechanism that would leave the Cabinet a right to comment and to have an overview of the decisions, the pattern of decisions, in this area is essential. There is already this curious conflict that has been noted in the bill, that decisions taken by the Foreign Investment Review Agency and the Cabinet can be overturned, as contemplated in this bill, by officials. So you have this kind of anomaly in there now.

We just wonder ourselves how this will work for the future. We are quite concerned, frankly, that very important decisions relating to the structure of industry are going to be left to an appointed board.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I would appreciate getting Mr. Affleck's reaction, and one from Mr. Bertrand.

• 1025

Mr. Affleck: Mr. Chairman, briefly, on the one hand there is a suggestion that the members of the Board have tenure and be of the highest quality that can be obtained, and indeed superior court judges have been mentioned. On the other hand, the argument is that we should not allow them to make binding decisions but have everything appealable. Now the suggestion is that it be appealed to what is essentially a political body. In my view, you either have a policy and you have it administered, or you have an ad hoc policy that deals with each situation as it comes. The problem with the Foreign Investment Review Act and why, as I understand it, it is in here, is if a foreign company merged with a Canadian company and that was approved by the Foreign Investment Review Agency and subsequently to Cabinet, the same situation of two Canadian companies in Canada would not have to go before the Foreign Investment Review Agency and might well find itself in trouble before the Competition Board.

So to allow a reconciliation of those two situations, it is my understanding that it is proposed that in the foreign take-over, the two procedures will move together. In other words, the Competition Board and the Foreign Investment Review Agency will be considering the matter simultaneously so we, in fact, will have some sort of consistency of results.

M. Clermont: Monsieur le président, si monsieur Bertrand ou monsieur Davidson pouvait faire des commentaires . . .

The Chairman: Mr. Bertrand or Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I would like to add one word about the interface between FIRA and the merger provisions of the bill. Mr. Affleck is perfectly correct that the bill contemplates that the review procedures would go along in parallel between the two bodies. At present, FIRA obtains from the Bureau of Competition Policy a review of the prob-

[Translation]

l'élaboration de la structure de la concurrence et de l'industrie au Canada. Il nous semble que ce sont là des questions que l'on ne voudrait pas vraiment traîner devant les tribunaux, qu'il serait essentiel de disposer d'un mécanisme d'appel qui accorderait au Cabinet le droit d'apporter des correctifs et de surveiller les décisions, l'orientation des décisions. On a déjà relevé un conflit étrange dans le bill, à savoir que des hauts fonctionnaires peuvent renverser des décisions prises par l'Agence d'examen de l'investissement étranger et par le Cabinet. Cette anomalie existe donc déjà.

Nous nous demandons d'ailleurs nous-mêmes comment cela fonctionnera à l'avenir. Franchement, nous trouvons fort inquiétant que des décisions très importantes portant sur la structure de l'industrie soient confiées à une Commission mandatée.

M. Clermont: Monsieur le président, j'aimerais connaître la réaction de M. Affleck et de M. Bertrand.

M. Affleck: Monsieur le président, brièvement, on propose d'une part que les membres de la Commission aient un certain prestige et soient de la plus haute compétence possible . . . on a même mentionné le recours à des juges de la Cour supérieure . . . et d'autre part, on nous dit qu'il ne faudrait pas permettre à ces membres de prendre des décisions finales et qu'on devrait pouvoir interjeter appel contre toutes leurs décisions. On nous propose maintenant de pouvoir interjeter appel auprès de ce qui constitue, essentiellement, un organisme politique. D'après moi, il faut soit avoir une politique qui est appliquée, soit avoir une politique de cas spéciaux qui traite au fur et à mesure de chaque problème qui se pose. Le problème en ce qui concerne la Loi sur l'examen de l'investissement étranger et la raison pour laquelle cela est inclus ici résultent du fait que si une entreprise étrangère fusionne avec une entreprise canadienne et que cela est approuvé par l'Agence d'examen de l'investissement étranger, et ensuite par le Cabinet, deux entreprises canadiennes qui voudraient fusionner n'auraient pas à se présenter à l'Agence d'examen de l'investissement étranger et risquent d'avoir certains problèmes lorsqu'elles devront faire face à la Commission de la concurrence.

Pour permettre donc un rapprochement de ces deux situations, on propose, si j'ai bien compris, en cas de mainmise par une entreprise étrangère, que les deux processus se déroulent de front. Autrement dit, la Commission de la concurrence et l'Agence d'examen de l'investissement étranger examineront la question simultanément, ce qui nous permettra, en fait, une certaine uniformité des résultats.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, could Mr. Bertrand or Mr. Davidson make some comments?

Le président: Monsieur Bertrand, ou monsieur Davidson.

M. Davidson: Monsieur le président, j'aimerais ajouter un mot au sujet des rapports entre l'Agence d'examen de l'investissement étranger et les dispositions de fusion du bill. M. Affleck a parfaitement raison de dire que le bill envisage que le processus d'examen se déroule parallèlement au sein des deux organismes. Actuellement, l'AEIE obtient du Bureau de

[Texte]

able competitive impact of the merger, so that there is a link already. But under the new provisions, FIRA would be most concerned with the possible pro-competitive impact of a merger in making its assessment of the likely consequences for the economy.

Not infrequently a very dynamic firm may acquire one which is moribund and introduce a great deal of competition by virtue of the merger. So the FIRA criteria would require FIRA to consider that, and if the merger would be pro-competitive, then that would be one of the plus factors that FIRA should take into account in assessing the advantages of the economy of the merger.

But they are not equipped to obtain the evidence in the same way the Bureau of Competition Policy is if there is a question of anti-competitive impact involved. So the intention is that the Bureau of Competition Policy will examine the anti-competitive—if any—consequences of the merger, and FIRA would proceed with the criteria which it already has.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, would any of the witnesses like to react to the comments of both Mr. Affleck and Mr. Davidson?

The Chairman: Mr. Steele, and then we will proceed to Mr. Lambert.

Mr. Lambert (Edmonton West): Supplementaries?

The Chairman: Yes, if it is agreeable. We have been following, Mr. Lambert, supplementaries quite extensively here on specific subject areas so that it is explored in depth rather than having the broad shot of questioning in general areas. Proceed, Mr. Steele.

Mr. Steele: Mr. Chairman, I would like to correct a misapprehension, a misemphasis of fact, I suppose, in the way I handled this question. In dealing with these two points, the right of the individual to an appeal and the general question of whether there should be a Cabinet over-view which, in general, we feel in this case would be desirable. But on the individual appeal on page 7 of our brief I would just like to refer to this again.

... the treatment of appeals does not seem supportable. The Section 28 Federal Court Act appeal does not extend fully to cases where the Board reaches its decision on the basis of a wrong finding of fact.

• 1030

You know there can be honest differences of view about fact.

Surely decisions which can be expected to have such vital effects on individuals and such broad effects on economic policy should be susceptible to correction if they are based on errors of fact, without having to show that such errors arise from a perverse or capricious disregard for the facts.

[Traduction]

la politique de la concurrence un examen des répercussions éventuelles de la fusion sur la concurrence, ce qui établit déjà un lien. Toutefois, en vertu des nouvelles dispositions, l'AEIE, en évaluant les conséquences éventuelles de toute fusion sur l'économie, se préoccuperait beaucoup des aspects relatifs à la concurrence.

Il arrive souvent qu'une entreprise très dynamique en acquiert une qui est moribonde et crée, grâce à la fusion ainsi réalisée, beaucoup de concurrence. Les critères relatifs à l'AEIE exigeraient donc de cet organisme qu'il favorise, lors de l'évaluation des avantages économiques de toute fusion, les fusions qui seraient favorables à la concurrence.

Toutefois, cet organisme n'est pas aussi bien placé que le Bureau de la politique de la concurrence pour obtenir les données relatives à toutes répercussions éventuellement néfastes à la concurrence. L'intention est donc de permettre au Bureau de la politique de la concurrence d'examiner les répercussions anticoncurrentielles, s'il y a lieu, de la fusion, et à l'AEIE, de procéder ensuite avec les critères dont elle dispose déjà.

M. Clermont: Monsieur le président, j'aimerais connaître les réactions d'un des témoins à ce qu'ont dit M. Affleck et M. Davidson.

Le président: Monsieur Steele, et nous passerons ensuite à M. Lambert.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Des questions supplémentaires?

Le président: Oui, si tout le monde est d'accord. Nous avons beaucoup eu recours aux questions supplémentaires au sein de ce Comité, monsieur Lambert, pour approfondir certaines questions précises, plutôt que de nous contenter de questions générales. Veuillez poursuivre, monsieur Steele.

M. Steele: Monsieur le président, j'aimerais corriger un certain malentendu, provenant sans doute de ma réponse à cette question. J'ai parlé du droit de l'individu à un appel et de la question générale d'une surveillance exercée par le Cabinet, surveillance qu'en général nous souhaitons dans ce cas. J'aimerais toutefois en revenir à ce que nous disons à la page 5 de notre mémoire quant aux appels.

... le traitement des appels ne semble pas soutenable. L'appel de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale ne vise pas absolument les cas où la Commission en arrive à sa décision en se fondant sur une information factuelle erronée.

Vous savez qu'il peut y avoir des différences de vues honnêtes quant aux faits.

Vraiment, des décisions dont on peut s'attendre qu'elles aient des conséquences vitales sur des particuliers et influent largement sur la politique économique devraient être susceptibles d'être corrigées si elles sont fondées sur des erreurs de faits... sans avoir à démontrer que de

[Text]

That is the main point we are trying to make, that there should be a right of appeal in such a situation and that it should not be limited simply to those types of appeals which that section of the Federal Court Act contemplates.

On the question of FIRA, I just accept the elaboration that has been given by legal counsel, except that it cannot override Cabinet and that is still there.

The Chairman: Mr. Huntington, on a supplementary.

Mr. Huntington: Mr. Chairman, may I ask why the FIRA deliberations would not call for, or why it would not be mandatory for them to call for, a presentation by the Advocate? Would that not get around this problem which keeps being repeated in our hearings here?

The Chairman: I guess the answer is, yes.

Mr. Steele: Mr. Chairman, we would feel that it would be highly desirable to have that type of additional concern, as Mr. Davidson has expressed it, brought out right at the time that FIRA was deliberating on the other factor, yes.

The Chairman: Thank you very much.

I would like to ask one brief supplementary, if I may.

There has been a suggestion, on the appeal question, that rather than there being an appeal on the basis of fact, with the possibility of a court substituting its decision for the decision of the Competition Board, it might be acceptable to have an appeal based on fact and, in the event that the superior body—the Federal Court, or whichever—would reverse that finding of fact, they simply have the power to refer the matter back to the Competition Board, rather than to substitute its decision for that of the Board, and to direct it to take into account this new finding of fact. Does that not really satisfy, perhaps, both of these concepts?

Mr. Steele: Yes, of course. That opens the subject up again for further examination of the fact.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Lambert.

Mr. Lambert (Edmonton West): On this point, it is very interesting that you are talking about Section 28 of the Federal Court Act because this was the subject of the debate in the House the other night, and the Attorney General of Canada, I think, took a position that is completely unsupportable. It is shown, as in this particular case where the Canadian Bar and others have indicated this, that Section 28 of the Federal Court Act, as it now stands, cannot give the Court jurisdiction where there is a mistake in fact. It has to be perverse. To a lawyer, this is absolutely non-acceptable.

[Translation]

telles erreurs procèdent d'une insouciance perverse ou capricieuse à l'égard des faits.

C'est là l'essentiel que nous essayons de dire; il doit y avoir un droit d'appel dans une situation de ce genre, et ce droit ne doit pas être simplement limité aux appels envisagés par cet article de la Loi sur la Cour fédérale.

Pour ce qui est de la question de l'AEIE, j'accepte simplement l'explication fournie par le conseiller juridique, à condition toutefois que cet organisme ne puisse pas outrepasser les pouvoirs du Cabinet, et cela reste inchangé.

Le président: Monsieur Huntington, pour une question supplémentaire.

M. Huntington: Monsieur le président, j'aimerais demander pourquoi, au cours de ses délibérations, l'AEIE ne serait pas obligée de demander une présentation de l'administrateur? Cela ne résoudrait-il pas le problème qui continue d'être soulevé ici, pendant nos audiences?

Le président: Je suppose que la réponse est affirmative.

M. Steele: Monsieur le président, nous pensons qu'il serait extrêmement souhaitable que ces préoccupations supplémentaires, dont M. Davidson a traité, soient communiquées à l'AEIE au moment même où elle délibère de l'autre aspect, en effet.

Le président: Merci beaucoup.

J'aimerais, si vous le permettez, poser une brève question supplémentaire.

Pour ce qui est de la question des appels, on a proposé qu'au lieu d'interjeter appel contre une décision fondée sur une erreur de faits, et d'accorder à un tribunal la possibilité de substituer sa décision à celle de la Commission de la concurrence, on pourrait interjeter un appel fondé sur les faits et, au cas où l'instance supérieure—soit la Cour fédérale ou tout autre tribunal—renverserait cette conclusion de faits, elle aurait simplement le pouvoir de renvoyer l'affaire à la Commission de la concurrence plutôt que de remplacer la décision de la Commission par la sienne, et demander à la Commission de prendre en ligne de compte cette nouvelle conclusion de faits. Cela ne satisfait-il pas vraiment à ces deux notions?

M. Steele: Oui, bien sûr. Cela permet de réexaminer les faits.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Lambert.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): A ce sujet, il est très intéressant que vous parliez de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, parce que cela faisait l'objet des débats à la Chambre, l'autre soir. Si je m'abuse, le Procureur général du Canada a dit que c'était l'article qui est complètement insoutenable. Il est prouvé, comme dans ce cas précis dont ont traité l'Association du barreau canadien et d'autres témoins, que l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, dans sa formulation actuelle, n'accorde aucun pouvoir aux tribunaux lorsqu'il y a une erreur relative à des conclusions de faits. Il faut que ce soit pervers. Tout avocat trouve cela inacceptable.

[Texte]

But I want to come along on the other thing: administrative boards. We have heard about them for years, and there have been in the various provinces—and I do not know whether, at times, there have been in the federal—recommendations that there must always be an appeal from an administrative board. But the tendency is always to close off appeals, and this is one that has to be reversed, right at this point. As far as I am concerned, there has to be an appeal—all the way.

May I then turn to the interface between the Competition Board and FIRA. Right now, in business, the chief complaint is that FIRA takes so long; and it is going to get to the point where you are going to get so many agencies looking at a merger that it will be about as bad as developing land here in Ottawa, where it takes three years, starting from a proposal to when you break ground and get permission to go. And the same thing will apply here.

And I must say, and the witnesses on behalf of the Minister will know, that insofar as competition is concerned, it is always the bottom line figure that determines the cost. Every administrative step and compliance that has to be taken adds to cost, but somehow that escapes their vision. They just pile on requirement after requirement! And I want to comment on this, as to whether that is competition. To me it is completely counterproductive.

We have got ourselves Bill C-16 and this particular bill, in which competition is merely a buzz word to cure some sort of impression that the consumer is not getting the best break possible. In certain areas we will admit that there have been difficulties, but on the other hand, to get it so thoroughly enmeshed! To me, from the government's point of view it gets worse and worse. We are going to get comment, and I know about that.

• 1035

What do you assess on a percentage basis—or maybe you can put a dollar figure on it; I do not know—could be the potential results of having a bill such as this go into force unchanged? The reason I say that, Mr. Chairman, to Mr. Steele and his colleagues, is that sometimes you have to put your money where your words are. Just to merely pass an opinion and say that it is going to have an effect, but you do not know quite what the effect is going to be, is rather meaningless for any of us. Let us see what the effect is in so far as competition is concerned, in so far as the benefit to the consumer and John Q. Citizen, who is the one that ultimately pays everything. Notwithstanding any economic theories, there is no magical money tree. It comes out of your pocket, it comes out of my pocket. Let us see what the effect is.

Mr. Steele: Would you like me to try and respond to that, Mr. Lambert?

Mr. Lambert (Edmonton West): I certainly hope so. And I say this deliberately to Mr. Steele, because he has been a senior government administrator before.

[Traduction]

Mais j'aimerais traiter de cette autre question, celle des commissions administratives. Nous en entendons parler depuis un bon nombre d'années et, dans les diverses provinces—j'ignore si cela s'est produit au niveau fédéral—on a recommandé de toujours permettre d'interjeter appel contre une décision prise par une commission administrative. Toutefois, on a toujours tendance à empêcher les appels, et cela est une tendance qu'il faut renverser tout de suite. En ce qui me concerne, il faut qu'il y ait droit d'appel, sur toute la ligne.

J'aimerais traiter des rapports entre la Commission de la concurrence et l'AEIE. Actuellement, dans le monde des affaires, on se plaint essentiellement du fait que l'AEIE prenne tant de temps; nous en venons au point où il va y avoir tellement d'organismes qui examinent une fusion que la situation sera semblable à celle de l'aménagement des terrains à Ottawa, chose pour laquelle il faut trois ans entre la présentation d'une première proposition et le moment où l'on commence à creuser, ayant obtenu le feu vert. La même chose va s'appliquer à cela.

Je dois avouer, comme les représentants du ministre le savent, qu'en ce qui concerne la concurrence, le coût est toujours fonction du chiffre le plus bas. Chaque mesure administrative, chaque observation d'un règlement vient pourtant s'ajouter au coût, mais cela semble toujours leur échapper. Ils ne font que dresser une longue liste d'exigences! J'aimerais traiter de cela et me demander si c'est vraiment de la concurrence. A mon sens, cela est complètement néfaste.

Nous nous sommes dotés du Bill C-16 et du bill que nous examinons aujourd'hui, projet de loi où le mot concurrence constitue purement un mot de passe servant à corriger l'impression selon laquelle le consommateur ne jouit pas des meilleures conditions possibles. Nous admettons qu'il y a eu des difficultés dans certains domaines, mais de là à créer un tel engrenage! A mon avis, l'intervention du gouvernement ne fait qu'empirer les choses. Je sais que nous allons entendre des observations.

Comment évaluez-vous en pourcentage... vous pourriez peut-être nous donner un montant... le résultat éventuel de la mise en vigueur de ce projet de loi tel quel? Je dis cela, monsieur le président, à M. Steele et à ses collègues, parce qu'il faut parfois vérifier en pratique la valeur des théories. Il ne sert à rien de dire tout simplement que ce bill aura un effet, sans en déterminer la nature. Voyons quel sera l'effet de ce bill sur la concurrence, et les avantages pour le consommateur, le citoyen ordinaire, celui qui paye en fin de compte. Quelles que soient les théories économiques, l'argent n'apparaît pas magiquement, il sort de votre poche et de ma poche. Voyons quels en seront les effets.

M. Steele: Voulez-vous que je tente de répondre à votre question, monsieur Lambert?

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Je l'espère bien. Ma question s'adresse à M. Steele parce que qu'il a déjà été un haut fonctionnaire du gouvernement.

[Text]

Mr. Steele: There are direct costs, which Mr. Bertrand has already indicated to the Committee in response to an earlier question about what the added administrative costs would be for the public sector. We have noted those. I think he mentioned 80 man-years and \$2 million when the thing comes fully into effect.

We have thought about this ourselves. There would be certain direct costs perhaps in having new types of executive people in companies; people who will have to be, in a way not presently required, working to follow more effectively what seems to be the pattern of judgment which a competition board and a competition policy advocate are developing, and how it may affect those companies. But the real cost effect is really unquantifiable. That is, you produce a rigid situation where you may actually create over a fairly wide sector of the economy inflexible pricing at a higher level than would have had otherwise. I say that most seriously. You may find a number of companies that are, as the words say, consciously parallel in their conduct; where the forces they face in terms of the external commodities markets or what have you are producing a fairly common pattern of behaviour, but there is pretty vigorous competition amongst them. They now are being investigated to find out whether or not there is some perverse way in which they are consciously banding together here. They are going to play it safe and they are going to set price structures that are going to be absolutely unattackable from their point of view, and this is a cost the whole economy will bear.

Mr. Lambert (Edmonton West): I have been counsel to a major retail operation, and when new provincial legislation came in, for months they were constantly on the phone. Mind you, I did not mind it because my bill was a very substantial one, and that of my partners too, over the period of time, but those bills were ultimately reflected in that company's price structure. That is all there is to it. And this is what gives me concern. You set up all these regulations and then there is either set up within a corporation, if it is efficient a legal department or an extension of a legal department where practically all executive decisions must be sifted. They have to go through the legal sifter. And it has been my impression that inaction in business is costly. Deferred decisions, delayed decisions, are an economic loss and ultimately, they come down again into that famous expression, the bottom-line figure.

• 1040

Mr. Steele: Yes.

Mr. Lambert (Edmonton West): This is what I am trying to get at; to see what your group, who, after all, are pretty substantial operators in Canada, considers may be the effect.

Mr. Steele: Mr. Chairman, I confess that I have not really approached it, nor have the members of the association, on a cost-benefit approach in which we have tried to measure in dollar terms what the impact of this might be. We have really been concerned about the impact it will have on the structure of the economy in our area.

[Translation]

M. Steele: M. Bertrand a déjà indiqué au Comité qu'il y aurait des frais administratifs supplémentaires pour le secteur public. Nous les avons notés. Je crois qu'il a mentionné 80 années-hommes et 2 millions de dollars lorsque la loi sera en vigueur.

Nous y avons nous-mêmes réfléchi. Ce bill entraînerait des frais directs supplémentaires, car les sociétés devraient embaucher un nouveau genre de personnel, des gens qui se chargeront de surveiller l'évolution de la politique de la Commission de la concurrence et des administrateurs de la politique de la concurrence et d'en évaluer les effets pour les sociétés. Cependant, il est vraiment impossible de calculer l'effet réel pour ce qui est des coûts. Autrement dit, il se peut que la situation qui en résulte entraîne une fixation des prix à un niveau plus élevé qu'il l'aurait été autrement pour un grand secteur de l'économie. Je suis très sérieux. Un certain nombre de compagnies adoptent, tout en en ayant conscience, une orientation parallèle, car elles font face aux mêmes difficultés sur les marchés extérieurs, mais il existe quand même entre elles une concurrence assez forte. On veut maintenant faire enquête sur ces sociétés pour savoir si elles ne tentent pas délibérément de contrôler un secteur du emarché. Ces sociétés seront très prudents et établiront une structure des prix qu'il sera absolument impossible d'attaquer, et les coûts se feront sentir dans toute l'économie.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): J'ai déjà été l'avocat d'une importante entreprise de vente au détail, et lorsque la province adoptait de nouvelles lois, pendant des mois, le propriétaire ne cessait de m'appeler. Je dois avouer que je n'y voyais pas d'inconvénients, étant donné que mes honoraires et ceux de mes associés étaient assez considérables pendant ce temps, mais finalement, pour y faire face, la société devait augmenter ses prix en conséquence. C'est tout. Voilà ce que me préoccupe. La société élabore tous ces règlements et, si elle est efficace, met sur pied un contentieux chargé d'examiner toutes les décisions des cadres. Les avocats étudient les décisions. J'ai l'impression que les retards ainsi causés coûtent cher aux entreprises.

M. Steele: Oui.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): D'après votre association, qui représente un nombre considérable de producteurs canadiens, quels seront les effets du bill?

M. Steele: Monsieur le président, j'avoue que notre association n'a pas tenté d'évaluer l'effet du bill du point de vue de la rentabilité. Nous nous sommes préoccupés plutôt de son impact sur les structures économiques.

[Texte]

Mr. Lambert (Edmonton West): Well, would any of your associates care to comment?

The Chairman: This is your last question.

Mr. Lambert (Edmonton West): Well, I hope I am allowed a supplementary or two also.

The Chairman: Well, if you wish one, just indicate to the Chair and you will have your opportunity.

Mr. Moyes or Mr. Housez.

Mr. V. J. Housez (Chairman of the Board of Grocery Products Manufacturers of Canada, President and Chief Executive Officer, Standard Brands Canada Limited): Mr. Chairman, I think the potential cost to industry would be catastrophic. To put a figure on it would be impossible at this stage. As Mr. Steele has indicated, we have not estimated what it might cost our industry or others.

But I might, if I am permitted, Mr. Chairman, draw a parallel. We have been talking about the FIRA operation and the potential delays of that system. I was personally involved in an acquisition about 18 months ago when we dealt closely with the FIRA organization, and the delays there cost us a share of market of the products that that acquired company was enjoying at the time we acquired it, and therefore, loss of revenues from that acquisition. I would estimate that we will be five years getting back to the point of recovery at the time of acquisition because of the delays. To us, perhaps not knowing all the facts within the FIRA system, these delays often appeared to be very unnecessary. And I see this situation just compounding itself.

Mr. Clermont: Excuse me, Mr. Chairman.

Le président: Monsieur Clermont.

M. Clermont: C'est très bien. Quand monsieur aura fini, je voudrais poser une question supplémentaire.

Mr. Lambert (Edmonton West): No, no, but the word "catastrophic," etc. frankly, if I may say so, they are big words and they are colourful, but they are meaningless. I am looking for a little more.

For example, we have had a look at this and how the conflict arises with our price policy and, well, we are looking at an additional cost of maybe \$50,000 or \$100,000. Or we are expecting additional legal bills. Or we are looking at an expansion of our legal department. This is the sort of thing I would like to see.

Mr. P. V. Moyes (Executive Vice-President of the Grocery Products Manufacturers of Canada): May I respond to that, Mr. Chairman?

The Chairman: Mr. Moyes, please.

Mr. Moyes: I would like to make this point, if I may. The kind of legislation that is being proposed at this stage really—and I think Mr. Lambert might himself agree with this—does not lend itself to any legal advice except to be completely sure of protection against any form of attack whatsoever.

Mr. Lambert (Edmonton West): So you gel it into immobility.

Mr. Moyes: That is exactly the cost.

[Traduction]

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Vos collègues voudraient-ils faire des observations?

Le président: C'est votre dernière question.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): J'espère que vous me permettrez de poser une ou deux questions supplémentaires.

Le président: Vous n'avez qu'à me le signaler et j'inscrirai votre nom.

Monsieur Moyes, ou monsieur Housez.

M. V. J. Housez (président du conseil d'administration des Fabricants canadiens de produits alimentaires, président-directeur général, Standard Brands Canada Limited): Monsieur le président, je crois que le coût pour l'industrie serait catastrophique. Il serait impossible de le déterminer à l'heure actuelle. Comme M. Steele l'a indiqué, nous n'avons pas encore évalué le coût pour notre industrie et d'autres.

Mais si vous me le permettez, monsieur le président, je ferai une analogie. Nous avons parlé de l'Agence d'examen de l'investissement étranger et des regards qu'elle entraîne. Il y a dix-huit mois environ, j'ai participé à une prise de contrôle où nous avons eu affaire à l'Agence. Comme les retards nous ont coûté la part du marché exploité par la société en question au moment de la prise de contrôle, nous avons accusé une perte qui, à mon avis, ne sera pas récupérée avant cinq ans. Comme nous ne sommes pas très au courant du fonctionnement de l'Agence, les retards nous ont paru inutiles. Et je vois que la situation empire.

M. Clermont: Excusez-moi, monsieur le président.

The Chairman: Mr. Clermont.

Mr. Clermont: All night. After the gentleman has finished, I would like to ask a supplementary.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Mais vous avez qualifié l'effet de «catastrophique», qui est un mot impressionnant, mais vide de sens. Je voudrais un peu plus de précision.

Par exemple, je voudrais vous entendre dire que vous avez étudié la question du point de vue de la politique des prix et que le coût additionnel s'élèverait à \$50,000 ou \$100,000. Ou que vos frais judiciaires augmenteraient. Ou qu'il faudrait augmenter votre contentieux. Voilà le genre de chose que je cherche.

M. P. V. Moyes (vice-président exécutif des Fabricants canadiens de produits alimentaires): Puis-je répondre, monsieur le président?

Le président: Je vous en prie, monsieur Moyes.

M. Moyes: Si vous me le permettez, je voudrais ajouter un commentaire. Je crois que M. Lambert serait d'accord avec moi pour dire que la loi proposée ne nécessitera pas de consultation juridique, sauf pour s'assurer une protection complète.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Vous parlez donc d'une contentieux permanent.

M. Moyes: Voilà ce qui coûte cher.

[Text]

Mr. Lambert (Edmonton West): Yes.

The Chairman: M. Clermont, a supplementary?

M. Clermont: Monsieur le président, comme M. Lambert, j'ai été un peu surpris lorsque le témoin a dit que cela aurait un effet catastrophique.

• 1045

Alors, je partage l'opinion de M. Lambert. Cela semble fort, mais c'est assez difficile à évaluer. Je voudrais aussi faire un commentaire au sujet de l'Agence d'examen de l'investissement étranger. Le témoin a parlé d'une période de 18 mois. Quand le président de cette Agence est venu témoigner devant ce Comité pour l'étude de ses prévisions budgétaires, il nous a dit que la période avait été réduite. Premièrement, d'après la Loi, c'est 80 jours. Maintenant, on nous dit que lorsqu'une demande est faite à l'Agence en moyenne, présentement, il faut de 50 à 55 jours. Mais j'ai été surpris surtout par l'expression «un effet catastrophique» et M. Lambert a très bien exprimé ce que je ressentais.

The Chairman: Thank you very much, Mr. Clermont. Dr. Philbrook and then Mr. Clarke.

Mr. Philbrook: Did I understand correctly that one of our witnesses is from Campbell Soups?

Mr. Steele: Not at the table here, but Mr. Korhonen is in the audience.

Mr. Philbrook: At the risk of being personal, I would just like to say that when I was a student 100 years ago I worked two summers at Campbell Soups, and this amounts to not only a very pleasant memory for me, I have also retained a very high regard for that company. I would just like you to note that, sir.

The Chairman: No advertising allowed before this Committee. Especially misleading advertising.

Mr. Philbrook: Mr. Clarke asked if we still buy the soup. The answer is yes. Not only that, we even eat it.

The Chairman: I think you should proceed before you are in the soup.

Mr. Philbrook: On the earlier line of questioning regarding appeals, I think this is fascinating. It seems to me that the original concept of regulatory boards was not only to handle things quickly and expeditiously but also to be free from political influence. It seems that this is still one of the most important principles, and yet somehow or other we seem to be shying away from these independent boards and agencies now and wanting more interference, more intervention, by ministers and by governments. I am not sure that is a good thing and I am surprised to hear individual companies flirting with that concept. I really do not wish to get into it very deeply, but I must say I am still a little surprised. I thought the concept of independent boards would in fact be more supported by private organizations appearing before us on a bill such as this. I am just a little weary myself of the politicization of legislation like this.

[Translation]

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Oui.

Le président: Monsieur Clermont, une question supplémentaire?

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I was, like Mr. Lambert, rather surprised to hear the witness say that the effect of the bill would be catastrophic.

So, I agree with Mr. Lambert. it seems a bit strong, but rather difficult to evaluate. I would also like to add a comment on FIRA. The witness mentioned a period of 18 months. When the chairman of the Agency appeared before the Committee during a review of the main estimates, he said that the period had been reduced. Originally, under the Act, it was 80 days. We are now told that it takes the Agency an average of 50 to 55 days to process an application. What struck me, however, was the use of the term "catastrophic effect" and I feel that Mr. Lambert expressed my feelings quite adequately.

Le président: Merci beaucoup, monsieur Clermont. Monsieur Philbrook, et ensuite M. Clarke.

M. Philbrook: Ai-je bien compris que l'un des témoins nous vient de Campbell Soups?

M. Steele: M. Korhonen n'est pas à la table, mais il est présent.

M. Philbrook: Au risque de faire des remarques personnelles, je voudrais dire qu'au moment où j'étais étudiant, il y a 100 ans, j'ai travaillé pendant deux étés chez Campbell Soups, et que j'ai non seulement de très agréables souvenirs de ces étés, mais un très grand respect pour la société. Je tenais simplement à vous le signaler, monsieur.

Le président: Nous n'avons pas le droit de faire de la publicité devant le Comité. Surtout de la publicité trompeuse.

M. Philbrook: M. Clarke a demandé si nous achetons toujours de la soupe. La réponse est positive. D'ailleurs, nous la mangeons.

Le président: Je crois que vous devez poursuivre avant de vous retrouver dans la soupe.

M. Philbrook: Pour en revenir aux appels, je trouve la question passionnante. Il me semble qu'à l'origine, les organismes de réglementation ne devaient pas non seulement expédier les affaires, mais aussi rester indépendants sur le plan politique. C'était l'un des principes les plus importants, mais nous semblons à l'heure actuelle nous méfier des commissions et des conseils autonomes et exiger plus d'intervention de la part des ministères et des gouvernements. Mais, comme je ne suis pas convaincu que ce soit une bonne chose, je suis étonné de constater que les sociétés semblent assez bien disposées envers ce concept. Je ne tiens pas à approfondir la question, mais je suis quelque peu étonné. Je croyais que le secteur privé serait mieux disposé envers des conseils, des commissions indépendantes. Je suis moi-même un peu las de ce genre de politisation.

[Texte]

Mr. Steele: Coming back to the philosophy of the regulatory board, and I hope my own associates would agree with this point of view, we have learned a lot from the experience of recent years. There has been a growing tendency because of the complexity of a lot of problems, I suppose, to proliferate the quasi-judicial or administrative and regulatory role, and to expand this into a wider and wider range of activities. All sorts of things have been written on this subject—that the regulatory agencies very quickly identify themselves with the interests of those they regulate; this type of criticism. I personally feel that a kind of healthy review of this is going on at the present time in two important respects: first, the rights of the individual relating to how they can make an appeal against the finding of a body of this kind; and secondly, is there no way for the political system that we have, which provides for a Parliament and a government that will be responsible to the people, to have some retained right of review of the findings of these bodies when they are operating in very important areas? What we are saying to this Committee through our brief is that such a review is necessary. But basically what we are really also saying is that if this is the system that is going to be in operation then the narrow base for appeal to the courts needs to be broadened in our view. In other words, we have to have a broadened-out examination of the factual basis of the findings in the body. I do not know whether I am really answering your question, but I am really saying, I guess, that it is an on-the-one-hand-but-on-the-other-hand situation.

• 1050

Mr. Philbrook: I think you have begun to approach it. Would not the best answer to this be not so much in taking a chance on political influence over an independent board but the careful selection regarding qualifications and so on of the Advocate and the people on the Board, rather than getting too deeply into referring decisions to elected officials like ministers and Cabinet? Would it not lie in the integrity of these positions themselves, advocate and board?

The Chairman: Mr. Steele.

Mr. Steele: I would accept the fact that the people will probably always be appointees of high integrity. Generally I think we could say that that has been the experience with the appointments of this kind we have had in the country; allowing for the vagaries of the political process, I am sure that attempts have been made to find people of excellent quality. That is really not the issue, I do not think. Can you in society give over to a group of people however wise, how well constructed, important decisions like this with no basis for a debate on their findings?

Mr. Philbrook: One of the current concepts that it at least being implemented at the provincial level if not the federal is that of the ombudsman. I think it is conceivable that one day we might even have a federal ombudsman. I would have thought one of the important aspects there was, in fact, was independence from the government that appointed the ombudsman. Are these people really ombudsmen in this par-

[Traduction]

M. Steele: Pour en revenir au concept de la commission de réglementation,—et j'espère que mes collègues sont d'accord avec moi là-dessus,—nous avons beaucoup appris au cours des dernières années. On a eu de plus en plus tendance à compliquer certains problèmes, à multiplier le nombre d'organismes administratifs, de réglementation et quasi-judiciaires, et à en étendre la compétence. Le sujet a fait couler beaucoup d'encre. On a dit que les commissions de réglementation s'identifient très vite aux intérêts de ceux qu'elles sont censées réglementer. Voilà le genre de critiques qu'on entend. Je crois personnellement qu'il se fait actuellement une remise en question très saine, sur deux aspects importants: premièrement, le droit des particuliers de faire appel d'une décision d'un tel organisme; et deuxièmement, la possibilité de fournir au Parlement, qui est responsable envers le peuple, le moyen d'examiner les décisions des commissions agissant dans des domaines importants. Dans notre mémoire, nous avons tenté de signaler au Comité la nécessité d'une telle procédure de contrôle. Mais pour l'essentiel, si ce système est adopté, il faudrait augmenter les pouvoirs d'interjeter appel devant les tribunaux. Autrement dit, il faut prévoir un examen approfondi des données sur lesquelles s'est fondé l'organisme pour tirer ses conclusions. Je ne sais pas si cela répond à votre question, mais j'estime qu'il s'agit d'une situation où il faut étudier les deux aspects de la question.

M. Philbrook: Je crois que vous les avez abordés. Au lieu de risquer que des éléments politiques influent sur une commission indépendante, ne vaudrait-il pas mieux choisir soigneusement, en fonction de ses compétences et d'autres critères, l'administrateur et les membres de la Commission, plutôt que de trop s'en remettre aux décisions de représentants élus, comme les ministres et le Cabinet? La solution ne consisterait-elle pas à s'assurer de l'intégrité des titulaires de ces postes, l'administrateur et les membres de la Commission?

Le président: Monsieur Steele.

M. Steele: J'admets que ces titulaires seront probablement toujours des gens d'une grande intégrité. En général, nous pouvons dire que telle a été notre expérience, si l'on considère les nominations de ce genre qui ont été faites dans le pays, tout en tenant compte des caprices du processus politique. Je suis convaincu qu'on a toujours voulu choisir des gens très honnêtes. Ce n'est vraiment pas là le problème. Peut-on donner à un groupe de personnes, quelles que soient leur sagesse et leur compétence, le pouvoir de prendre des décisions de cette importance sans permettre une contestation de leurs décisions?

M. Philbrook: A l'heure actuelle, des gouvernements provinciaux, si ce n'est le gouvernement fédéral, ont créé le poste d'ombudsman pour éviter ce genre de problèmes. On peut imaginer que nous aurons même un jour un ombudsman fédéral. Un des aspects importants cependant qu'il faut vérifier est l'indépendance de l'ombudsman envers le gouvernement qui le nomme. Ces gens sont-ils vraiment des ombudsmen dans

[Text]

ticular area of competition, the Advocate and the members of the Board?

Mr. Steele: Not really; I think they are trying to wrestle with the eternal question: how competitive is the market-place and how do we respond to the events that are going on in that market-place? And they must take action to enforce their judgment of what competition really means; that is their role. In that sense you can say they are competition ombudsmen but really the ombudsman concept relates to the rights of the individuals. Some sort of ombudsman to review the decision of the Competition Board might appeal but I do not really think the concept is designed to deal with that kind of thing.

Mr. Philbrook: I think that is still a difficult one to work out.

Mr. Steele: Yes, it is.

Mr. Philbrook: But it is good to hear comments on it. It seems to me there is a grey area in the middle which really gets down to trust and credibility.

Mr. Moyes: That is right.

Mr. Philbrook: I do not quite know how we work that out in legislative or political terms.

I would like to get on to another area now, and that is the area where we have anticompetitive practices such as so-called joint monopolies versus the ordinary competitive practices of the market, including the parallelism. And I must confess that I am still having some trouble in that area myself, distinguishing which is which, and I guess we come to another grey area. I wonder if you would like to elaborate on this area which, I gather from your brief, concerns you a bit too. The differentiation which has been made by our departmental witnesses consistently in these hearings is that parallelism is not particularly a problem unless we get into restrictive practices where someone is excluded from the market, and that should be easily definable.

I can see in many cases it probably would be definable and in many cases it would be difficult; and we are into a grey area again. I wonder if you could just discuss that a little bit more from your experience and your type of business as to the kinds of problems you get into, where in fact will you find it hard to differentiate between the two? In clearcut cases parallelism is obvious. The competition itself begins to look like that as you begin to undercut each other on price; that is good competition, that is good for the consumer. But when you get down to a rockbottom point where none of you can lower your prices any longer, then your prices are similar. Where do you go from there? It looks like parallel pricing.

• 1055

Mr. Steele: Yes. That is competition working itself out, you know. You assume that people are going to act rationally and are not going to price their product below cost for a great length of time unless they are going to go out of business.

I guess the concerns we have here have really been that if a case is to be made that competition among the few really

[Translation]

le domaine de la concurrence, l'administrateur et les membres de la Commission?

M. Steele: Pas vraiment; je crois qu'ils tentent de résoudre l'éternel dilemme: dans quelle mesure la concurrence existe-t-elle sur le marché et comment réagir aux événements qui y ont lieu? Ces gens doivent prendre des mesures en fonction de ce qu'ils pensent être une saine concurrence. En ce sens, on peut dire qu'il s'agit d'ombudsmen dans le domaine de la concurrence, mais, en réalité, un ombudsman s'occupe des droits de la personne. Un genre d'ombudsman pourrait réviser la décision de la Commission de la concurrence, mais je ne crois pas vraiment que cela soit son rôle.

M. Philbrook: Il est assez difficile de traiter un poste ayant de telles fonctions.

M. Steele: Oui.

M. Philbrook: Mais il est bon d'entendre des observations à ce sujet. Il me semble qu'il existe une position médiane, où la confiance et la crédibilité seraient les aspects les plus importants.

M. Moyes: C'est exact.

M. Philbrook: Je ne sais comment on pourrait y arriver du point de vue législatif ou politique.

J'aimerais passer à un autre domaine, à savoir la distinction entre les pratiques allant à l'encontre de la concurrence, comme les soi-disant monopoles conjoints, et les pratiques de concurrence ordinaires sur le marché, notamment l'orientation parallèle de sociétés. J'avoue que j'ai encore de la difficulté à faire la distinction entre ces deux domaines. Pourriez-vous nous parler plus longuement de ce sujet qui, d'après votre mémoire, vous préoccupe aussi. Les témoins du ministère nous ont répété que ces pratiques parallèles ne posaient pas de problèmes à moins qu'il s'agisse de pratiques restreignant l'accès à un marché, ce qui serait facile à définir.

D'après moi, dans bien des cas, cela pourrait être facile, mais dans bien d'autre cas, cela pourrait être très difficile, et il s'agit encore une fois d'un domaine assez confus. Pourriez-vous nous dire plus longuement, d'après votre expérience et l'entreprise que vous possédez, dans quels cas il sera difficile de les délimiter? Parfois, ces orientations parallèles sont évidentes dans certains cas. Cela se produit lorsque chaque société commence à réduire ses prix: c'est une bonne concurrence, c'est bon pour le consommateur. Cependant, lorsque aucune société ne peut plus réduire ses prix, à ce moment-là, ils sont tous semblables. Que se produit-il dans ce cas-là? Cela ressemble fort à une parité des prix.

M. Steele: Oui, c'est là le jeu de la concurrence. On suppose que les gens vont réagir rationnellement et qu'ils ne fixeront pas leurs prix en deçà de leurs coûts pendant trop longtemps, au risque de faire faillite.

Nous sommes préoccupés, car l'on semble prétendre maintenant que si la concurrence se limite à un petit nombre d'entre-

[Texte]

amounts almost to the same thing as a collusive activity, which it does not, then the laws that exist can get at consciously collusive activity. What we are really getting into is this rather more sophisticated idea now that because there are a limited number of people in a particular area manufacturing and selling products, and they seem to be doing the same things, somehow or other this amounts to the same sort of monopoly situation as if a person had a true monopoly in the area. I think we are having just as much difficulty with this one as ours, in the words used by Mr. Davidson, that we are only concerned with the extreme cases. This leads us to say, well, we are not in that extreme category. We find many examples of what they seem to be describing among the manufacturers in our kind of industry and they act this way simply because they have to act this way. They must adjust their prices very quickly and almost together. A simple example would be the coffee market as we find it today.

The Chairman: Mr. Clarke.

Mr. Clarke: Second round, please, Mr. Chairman.

The Chairman: I am afraid you will not have one.

Mr. Clarke: Just for the record.

The Chairman: Ten and a half minutes, yes. Well, it is on the record, and that is where it will stay.

Mr. Clarke: Mr. Chairman, in the few minutes remaining I would like to ask a few questions. I have met Mr. Steele a number of times here before. I would be interested to know how many times Mr. Steele and his group have found it necessary to come to Ottawa and try to defend themselves against what must begin to appear to them like an attack by the Government of Canada.

The Chairman: Mr. Steele.

Mr. Steele: Can I take counsel?

The Chairman: Yes.

Mr. Steele: We are up here fairly regularly. Of course, I happen to head up a trade association, Mr. Clarke, so my business is the public affairs of the industry. You might say I am constantly engaged in this kind of discussion in areas of either law or regulations.

My colleagues are up here much more than they would care to be, I am sure, in terms of the visits we make, individually or jointly, with various departments or various regulatory bodies. It is a growing thing and a source of concern to top executives.

Mrs. Pigott: And adds to the price of the products.

Mr. Clarke: That was my next question. It must be a fairly time-consuming and costly exercise for your industry.

Mr. Steele: It is. There is no doubt about it.

Mr. Clarke: It has been suggested at earlier meetings that the Consumer and Corporate Affairs Department has an anti-business bias and that there are really very few examples of the offences they are trying to guard against. Do you feel

[Traduction]

preneurs, il s'agit alors d'une concertation qui peut faire l'objet de sanctions législatives. On semble maintenant croire que, parce qu'un petit nombre de gens fabriquent et vendent certains produits, et qu'ils semblent adopter une conduite semblable, qu'il s'agit en fait d'un monopole, comme si une seule personne détenait un monopole réel dans ce domaine. Cette définition nous pose autant de difficulté que la nôtre, celle décrite par M. Davidson, à savoir que nous nous préoccupons seulement des cas extrêmes. Cela nous porte à dire que nous ne faisons pas partie de cette catégorie. Nous trouvons bien des exemples parmi les fabricants de notre industrie qui semblent convenir à cette définition, alors qu'ils agissent ainsi parce qu'ils y sont obligés. Ils doivent rajuster leurs prix très rapidement et presque simultanément. Un exemple simple de cette situation serait le marché du café à l'heure actuelle.

Le président: Monsieur Clarke.

M. Clarke: Le deuxième tour, s'il vous plaît, monsieur le président.

Le président: Je crains qu'il n'y en ait pas.

M. Clarke: Seulement pour consigner mes observations au procès-verbal.

Le président: Dix minutes et demie. Eh bien, c'est maintenant consigné au procès-verbal.

M. Clarke: Monsieur le président, j'aimerais poser quelques questions pendant les quelques minutes qui nous restent. J'ai déjà rencontré M. Steele à quelques reprises. J'aimerais savoir combien de fois M. Steele et son groupe ont dû venir à Ottawa pour se défendre contre ce qui semble maintenant être une attaque de la part du gouvernement du Canada.

Le président: Monsieur Steele.

M. Steele: Puis-je consulter mes collègues?

Le président: Oui.

M. Steele: Nous venons ici assez régulièrement. Bien entendu, monsieur Clarke, je dirige une association commerciale et je dois donc m'occuper des relations publiques de notre industrie. On peut dire que je participe constamment à ce genre de discussions au sujet des lois ou des règlements.

Mes collègues viennent ici beaucoup plus souvent qu'ils le voudraient, j'en suis certain, car nous visitons, individuellement ou ensemble différents ministères et différents organismes de réglementation. Nous devons le faire de plus en plus souvent, et cela préoccupe les dirigeants.

Mme Pigott: Et cela entraîne une augmentation du prix des produits.

M. Clarke: C'était ma deuxième question. Cette activité doit coûter beaucoup de temps et d'argent à votre industrie.

M. Steele: En effet, c'est certain.

M. Clarke: On a prétendu, lors de réunions précédentes, que le ministère de la Consommation et des Corporations avait certains préjugés défavorables à l'égard du monde des affaires et que les infractions dont on tente de se protéger sont vrai-

[Text]

that the Department has backed up its case adequately? What is the industry's opinion?

Mr. Steele: I would personally like to see a further elaboration of the examples the Committee has been seeking to get from those in the Department of where the real difficulties with the marketplace are, so that we can have a better understanding of how we relate to their perception of those difficulties. I do not feel myself that I understand it enough. We just worry about the impact of this.

Mr. Clarke: There must be a lot of competition between members of your own Association, although I cannot see that there would be any between, for example, Lipton's and Lever. There must be a lot of others that do compete with each other. Does that ever create a problem with the Association?

Mr. Steele: Yes. The Association cannot undertake to resolve all of the competitive pressures and differences among its members. What we are doing is working on those things they find they have in common.

Mr. Clarke: What you are saying then is that there is a good deal of competition in existence already.

Mr. Steele: Oh, yes.

Mr. Clarke: Is there anything proposed in this Bill C-42 that would increase that?

Mr. Steele: We worry that it will reduce it in certain important respects, and we tried to elaborate this point in the areas of joint monopolization and price differentiation.

• 1100

Mr. Clarke: Right. Finally, Mr. Chairman, Mr. Steele mentioned in his remarks the closely competing groups, where a reduction in price by one had to be followed immediately by a reduction in price by others in the field. What about increases in price? Does the same thing follow?

Mr. Steele: If a major component of the cost of the product is something they all face in common, if it is an externally traded ingredient for the product, you will find the same phenomenon, they may be following each other up. Whether they follow each other step by step, in a lock-step fashion, I think is debatable.

The Chairman: Have you concluded, Mr. Clarke?

Mr. Clarke: Yes, thank you.

The Chairman: If I may take a moment and ask a couple of questions myself directly. I notice that in the summation of your brief, on page 21 in the recommendation section item 3(b) talks about the provision of judicial approval for the exercising of the powers of investigation by the Competition Policy Advocate. I note that under the present legislation there is no such requirement for judicial review. What experience have you had with abuse of that power under the present provisions, which appear to me to be identical in form to those being proposed?

Mr. Steele: First, I think the Committee should be prepared to look at whether, in a much broader set of powers, it is wise to leave the present law unreviewed in this respect. The real

[Translation]

ment rares. Estimez-vous que le ministère a prouvé la nécessité de telles mesures? Quel est l'avis de l'industrie?

M. Steele: Personnellement, j'aimerais obtenir plus de détails sur les exemples que le Comité a cherché à obtenir des membres du ministère au sujet des difficultés réelles du marché, afin de mieux comprendre leur perception de ces difficultés. Personnellement, je ne les comprends pas très bien. Nous sommes seulement inquiets des répercussions de ce bill.

M. Clarke: Il doit exister de la concurrence entre les membres de votre propre association, bien qu'à mon avis, il ne puisse y en exister entre Lipton's et Lever. Il doit y en avoir bien d'autres qui se font concurrence. Cette situation ne crée a jamais de problèmes au sein de votre association?

M. Steele: Oui. L'association ne peut résoudre toutes les pressions exercées par la concurrence entre ces différents membres. Nous nous occupons plutôt des aspects qui leur sont communs.

M. Clarke: Vous voulez dire par là qu'il existe déjà beaucoup de concurrence.

M. Steele: Oui.

M. Clarke: Y a-t-il une disposition du Bill C-42 qui augmenterait cette concurrence?

M. Steele: Nous craignons au contraire qu'il la réduise dans certains domaines importants, et nous avons tenté d'en donner des exemples dans les domaines des monopoles conjoints et de la différenciation en matière de prix.

M. Clarke: C'est exact. Finalement, monsieur le président, M. Steele a mentionné que certains groupes se devaient de réduire leurs prix immédiatement si un de leurs concurrents faisait de même. En est-il de même pour ce qui est des augmentations de prix?

M. Steele: Si tous les fabricants font face aux mêmes facteurs d'augmentation du coût du produit, comme un ingrédient commercialisé à l'extérieur, la même chose se produira, ils augmenteront tous leur prix. Cependant je ne puis certifier qu'ils s'agissent toujours de la même façon automatiquement.

Le président: Avez-vous terminé, monsieur Clarke?

M. Clarke: Oui, merci.

Le président: J'aimerais maintenant poser quelques questions. Dans le résumé de votre mémoire, au paragraphe 3b) de la page 19, vous recommandez de prévoir l'approbation judiciaire pour l'exercice des pouvoirs d'enquête de l'administrateur de la politique de la concurrence. Je remarque que la loi actuelle ne prévoit aucune révision judiciaire de ce genre. Avez-vous été témoin d'abus de ces pouvoirs fournis en vertu des dispositions actuelles, qui me semblent identiques à celles faisant partie du bill?

M. Steele: Tout d'abord, je crois que le Comité devrait se demander s'il est sage de ne pas modifier la loi actuelle, étant donné les pouvoirs beaucoup plus vastes de l'administrateur.

[Texte]

reason why we are making this point is that the powers are going to be broadened considerably. Furthermore, there is going to be an international aspect to this too, in the exchange of information between, say, Canada through the Competition Board and the Advocate, and other countries. The right of handling information here, I think, deserves some sort of . . .

The Chairman: That is my next question. On point (c) you talk about:

ensuring confidentiality of information obtained;

We have heard some considerable evidence in relation to the possible filtration of information, even, back into Canada for international transactions. I do not think we need to pursue that any further at the moment. I am more concerned about the domestic situation, outside of the international implications that have been alluded to. What is your concern, in light of the fact that the provisions provide for confidentiality in a number of areas? The only exception, as I recall, is that for the purposes of the act it may allow information to be exchanged. Are you concerned about that in the domestic context alone?

Mr. Steele: I think we would be. I think we would want to feel that the use of this information had to be defended at every step. It is being pursued for the purposes of administering the act in the setting in which they are trying to establish a fault under the act. If it is going to be used for some other purpose, there should be some step in there that would cause a conscious decision to be made about whether it should be used in some secondary way.

The Chairman: In the present proposals, do you view the treatment of confidential information as being different under these proposals from that which presently exists? If you think it is a parallel situation, have you any evidence of any breaches of confidentiality that have an adverse impact on the business community?

Mr. Steele: To take your last point first, we have no evidence of present abuse of the information. I, personally, do not think we should cast any aspersions on the quality of the handling of the information. I think our main concern is the volume of information, the broadening of powers, and this new world of pervasive information, which is available on computer tapes.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Philbrook.

Mr. Philbrook: May I ask a supplementary, Mr. Chairman?

The Chairman: By all means.

Mr. Philbrook: The witnesses have indicated that they feel there is lots of competition with their own group—every group of witnesses does. I would like to ask them whether they think they are the victims of competition by any of the other groups they deal with. I presume they deal with wholesalers, retailers and, of course, the banks and so on. Do they see any competitive problems within other groups, since they are neighbours?

[Traduction]

Nous recommandons donc une telle révision uniquement parce que les pouvoirs seront beaucoup plus importants. De plus, le Canada pourra aussi échanger des renseignements, par l'entremise de la Commission de la concurrence et de l'administrateur, avec d'autres pays. Je crois donc qu'il faut surveiller ce droit de consulter les renseignements . . .

Le président: C'était ma deuxième question. A l'alinéa c), vous recommandez:

«d'assurer le caractère confidentiel de l'information obtenue.»

Nous avons entendu plusieurs témoignages au sujet de la fuite possible de renseignements, même au Canada, afin de conclure des transactions internationales. Je ne crois pas que nous ayons besoin d'en parler plus longuement pour l'instant. Je suis plutôt préoccupé par la situation intérieure, et non pas par les répercussions à l'échelle internationale. Quelles sont vos préoccupations, étant donné que les dispositions prévoient le secret dans un certain nombre de domaines? La seule exception, si je me souviens bien, est l'autorisation d'échanger des renseignements. Est-ce que cet échange de renseignements à l'intérieur du pays vous préoccupe aussi?

M. Steele: Je crois que oui. Nous aimerions être sûrs que l'utilisation de ces renseignements devrait être justifiée chaque fois. On devrait s'en servir seulement pour appliquer la loi et tenter de prouver une infraction à la loi. Cependant, il faudrait inclure une disposition qui limite l'utilisation de ces renseignements à d'autres fins.

Le président: Croyez-vous que le projet de loi actuel traite différemment des renseignements à caractère confidentiel par comparaison à la loi actuelle? Si c'est pareil, à votre avis, avez-vous été témoin d'infractions à cet égard qui ont eu une influence vaste dans le monde des affaires?

M. Steele: Pour répondre à votre dernière question en premier lieu, nous n'avons aucune preuve d'abus dans ce domaine pour l'instant. J'estime que nous devrions éviter de répandre des calomnies au sujet de la façon dont ces renseignements sont manipulés. Nous sommes surtout préoccupés par la quantité des renseignements, par l'élargissement des pouvoirs, et par la possibilité d'une plus grande définition des renseignements qui sont disponibles sur ordinateur.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Philbrook.

M. Philbrook: Puis-je poser une question supplémentaire, monsieur le président?

Le président: Je vous en prie.

M. Philbrook: Les témoins ont dit estimer qu'il existait une grande concurrence aux fins de leur propre association . . . chaque groupe de témoins dit la même chose. Croient-ils qu'ils sont victimes de la concurrence venant d'un des autres groupes avec lesquels ils traitent. Je suppose qu'ils négocient avec des grossistes, des détaillants et, bien entendu, les banques, etc. La concurrence des autres groupes vous pose-t-elle des problèmes?

[Text]

The Chairman: It is a good question, hardly a supplementary, but proceed.

Mr. Philbrook: It was supplementary to my previous question.

The Chairman: But I was the questioner.

Mr. Philbrook: I am sorry. I thought you were finished.

• 1105

Mr. Steele: We are faced by an industrial structure in our area, of course. We have many manufacturers and a limited number of large retail supermarkets, for example. It is a painful relationship, let me assure the Committee. What we are really saying to you though is that we do not see any way in which you can help us to alleviate that pain. The relationship is there. The slow point we are making here is that in areas where this is now going to come under review, particularly the price area, there should be a buyer-seller onus.

The Chairman: Thank you very much.

My last question is in relation to page 22, item four of your recommendations, where you make two alternative suggestions about the threshold in relationship to mergers in that area. I find it interesting that you are bringing forward the concept that perhaps one should reverse the coin in viewing the effects on competition by looking not at the amount of competition being absorbed in the merger but at the amount of competition that remains in the marketplace. I am not entirely sure that a board reviewing that kind of thing would not in practice have to in fact do that. It seems to me that it is very difficult to make a hard judgment by looking only at that amount being absorbed without relating it to that which remains, because it is the amount that remains, I would think in practice, that really is the area that ought to be of concern in terms of the public interest.

I would like to ask Mr. Bertrand if he would give us his comments in respect of that, and whether it would be appropriate, if more comfortable to the business community, to express the concept in the manner in which they would like to see it expressed, which I would think would make no practical difference to the application of the law.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, if I might answer that question, I think you are correct. It does not really matter how you express the impact on the market, whether you look at the diminution of competition arising out of the practice or whether you look at how vigorous the competition remaining is, so long as you are thinking about the same level of significance.

If you put the test in terms of substantial lessening of competition, you have to judge the substantiality by examining the vigour of competition in the market before and after. It is not a question of counting up so many units of competition and saying that 1,233 units of competition have been eliminated. The question is one of making a judgment about the substantiality of the impact, and you do that by looking either at the transaction in question or at the market in general. It does not matter how you express it. Our concern would be, I think, if

[Translation]

Le président: C'est une bonne question, pas du tout une question complémentaire, mais poursuivez.

M. Philbrook: Elle complète ma question précédente.

Le président: Mais c'est moi qui posais les questions.

M. Philbrook: Excusez-moi. Je pensais que vous aviez terminé.

M. Steele: Dans notre industrie, l'organisation est déjà bien établie. Il existe de nombreux fabricants et un nombre limité de grands supermarchés. Je puis vous assurer que les relations entre ces deux groupes sont très difficiles. Cependant, nous estimons qu'il vous est impossible de nous aider à résoudre ce problème. Ces relations existent déjà. Nous disons simplement que, dans les domaines qui feront maintenant l'objet d'examen, surtout le domaine des prix, les responsabilités devraient être partagées entre le fournisseur et l'acheteur.

Le président: Merci beaucoup.

Ma dernière question porte sur la quatrième recommandation, à la page 19, où vous présentez deux suggestions au sujet du seuil à l'égard des fusions dans ce domaine. Il est intéressant de noter que vous proposez d'envisager les effets sur la concurrence en évaluant l'importance de la concurrence qui demeure sur le marché plutôt que la concurrence absorbée par la fusion. Je me demande si une commission réalisant ce genre de chose ne serait pas tenue en fait de faire ce que vous proposez. IL me semble très difficile de prendre une décision en évaluant seulement ce qui est absorbé sans le comparer à ce qui reste, car, en fait, c'est ce qui devrait nous préoccuper.

M. Bertrand pourrait-il nous faire connaître son opinion à se sujet et nous dire s'il ne vaudrait pas mieux, étant donné que cela conviendrait aux fabricants, envisager ce problème de la façon dont il le propose, car, à mon avis, cela ne ferait aucune différence du point de vue pratique.

M. Davidson: Monsieur le président, si vous me permettez de répondre à cette question, je crois que vous avez raison. La façon de calculer les répercussions sur le marché est peu importante, que vous évaluiez la diminution de concurrence suscitée par cette pratique, ou l'importance de la concurrence qui reste, du moment que vous leur accordez tout autant d'importance.

Si on se fonde sur une réduction considérable de la concurrence, il faut quand même en évaluer l'importance en étudiant la vigueur de la concurrence avant et après. Il ne s'agit pas de calculer des unités de concurrence et de dire que 1,233 unités ont été supprimées. Il s'agit plutôt d'évaluer l'importance des répercussions, et ceci peut se faire en étudiant la fusion en question ou le marché en général. La façon de faire importe peu. Nous serions préoccupés si l'on devait tout simplement décider si la concurrence existe encore. Il existe toujours une

[Texte]

you talk simply in terms of whether or not there is any competition remaining in the market. There is always some competition remaining in the market. Monopoly is a question of degree, and there is almost no such thing as a monopoly where there are not even distant substitutes for the product.

So our concern would be that if you express the statute in terms of competition remaining in the market, that you do so in such a way as not to leave the whole thing inoperative.

The Chairman: Thank you very much.

On behalf of all members of the Committee, I want to thank the Grocery Products Manufacturers of Canada for appearing before us today. Thank you very much, Mr. Steele, Mr. Moyes and Mr. Housez for appearing. I can assure you that we will give careful consideration to your oral and written submission before this Committee.

Mr. Steele: Thank you, Mr. Chairman. We will of course be prepared to submit additional information or anything the Committee would like.

The Chairman: Mrs. Pigott, I am sorry. I did not notice your hand.

• 1110

Mrs. Pigott: Mr. Chairman, I am grateful that you allowed me to sit at this table. As I said, I have rather a conflict of interest because I am associated with this fine group of people. Allow me to make just one aside. Competition is alive and well in this, because I have very friendly enemies sitting over there.

The Chairman: You do not sit there by the grace of the Chair but by right as a member of Parliament.

Thank you very much, gentlemen. It was very nice to have you before us.

Ladies and gentlemen, we will resume our consideration of our Order of Reference relating to Bill C-42. We have before us the Canadian Petroleum Association. I have seated to my immediate right Mr. Lade, vice-president and general counsel to Pacific Petroleums Ltd.; to his right is Mr. Palmer, manager of the legal division of Texaco Exploration of Canada Limited; and to his right is Mr. Maciej, the technical director of the Canadian Petroleum Association. Welcome, gentlemen.

I want now to provide an opportunity to Mr. Lade to make brief opening comments in respect of their brief, hopefully outlining the central issues that are before the Committee. For the assurance of the witnesses, I would like to secure agreement to attach to the *Minutes of Proceedings* the brief submitted by the association. In light of some technical difficulties it may not be attached to today's proceedings, but when the translations are available, to the next one that is appropriate.

Some hon. Members: Agreed.

The Chairman: Thank you very much.

I should also mention that an errata sheet has been distributed by the association containing changes of a technical

[Traduction]

certain concurrence sur le marché. En effet, rares sont les monopoles où il n'existe pas quand même des produits de remplacement équivalents aux produits visés par le monopole.

Si l'on tient compte plutôt, dans la loi, de la concurrence restant sur le marché, il faudrait éviter de rendre ces dispositions inapplicables.

Le président: Merci beaucoup.

Au nom des membres du Comité, je tiens à remercier les Fabricants canadiens de produits alimentaires d'avoir comparu devant nous aujourd'hui. Je vous remercie beaucoup, monsieur Steele, monsieur Moyes et monsieur Housez. Je puis vous assurer que nous étudierons attentivement le mémoire et les observations que vous avez présentés au Comité.

M. Steele: Merci, monsieur le président. Nous sommes disposés, bien entendu, à vous fournir tout renseignement supplémentaire, si vous le désirez.

Le président: Madame Pigott, excusez-moi. Je n'avais pas remarqué que vous aviez levé la main.

Mme Pigott: Monsieur le président, je vous suis reconnaissante de m'avoir autorisée à m'asseoir à cette table. Comme je l'ai dit, je me trouve dans une situation de conflit d'intérêts, étant donné que j'entretiens des relations avec le groupe de témoins. Permettez-moi seulement de faire cette observation: il existe une certaine concurrence dans notre industrie, car certains de mes très bons ennemis sont assis là-bas.

Le président: Ce n'est pas le président qui vous autorise à vous asseoir ici, vous y avez droit en tant que député.

Merci beaucoup, messieurs. Votre témoignage a été très intéressant.

Mesdames et messieurs, nous poursuivons l'étude de notre ordre de renvoi ayant trait au Bill C-42. Nous accueillons la Canadian Petroleum Association. A ma droite, se trouve M. Lade, vice-président et conseiller général de Pacific Petroleums Ltd; à sa droite, M. Palmer, directeur de la Division du contentieux de Texaco Exploration of Canada Limited; à sa droite, M. Maciej, directeur technique de la Canadian Petroleum Association. Je vous souhaite la bienvenue, messieurs.

Je donne maintenant l'occasion à M. Lade de faire une déclaration d'ouverture au sujet de leur mémoire, décrivant les questions essentielles qui étudient le Comité. Je tiens tout d'abord à assurer les témoins que nous convenons d'annexer le mémoire que l'association nous a présenté au compte rendu de la réunion. Nous ne pourrions peut-être pas l'annexer au compte rendu de la réunion d'aujourd'hui à cause de quelques difficultés techniques, mais lorsque la traduction sera disponible, nous l'annexerons.

Des voix: D'accord.

Le président: Merci beaucoup.

Je mentionne aussi que l'association a distribué une liste de modifications de nature technique au mémoire qu'elle vient de

[Text]

nature to the brief they have submitted. Rather than belabour the Committee with the details of that, I would simply ask that it be submitted to the clerk and adjustments be made to the brief to accommodate their errata sheet. Agreed?

Some hon. Members: Agreed.

The Chairman: Thank you.

Mr. Lade, if you would proceed.

Mr. G. W. Lade (Vice-President and General Counsel, Pacific Petroleum Ltd.): Thank you, Mr. Chairman. At the outset, I wish to express the appreciation of the Canadian Petroleum Association for the opportunity to appear before you today to present our concerns and our recommendations with regard to the legislation proposed by Bill C-42.

The Canadian Petroleum Association has a total membership of 190 companies; approximately 100 of these are the major explorers, producers and pipeliners in Canada. The CPA members account for approximately 85 per cent of the crude oil and natural gas which are produced in Canada. The association and its members are dedicated to the concept of petroleum self-reliance to as large a degree as practical and economically possible, which policy is completely consistent with that of the Government of Canada.

• 1115

Our head office is in Calgary and we maintain regional offices in Ottawa, Victoria and Regina. Underpinning our organization are 43 standing committees made up of over 1,200 people drawn from the member companies. Their people and the companies they represent are dedicated, competitive and professionally qualified to pursue the finding and development of petroleum.

Mr. Chairman, I would now like to highlight, as you requested, the particular concerns which our association has with respect to the provisions of this bill and I propose to refer to the summary in our brief which is contained on pages III, IV and V under the title "Summary". Perhaps if the hon. members would turn to that page it would help them to follow.

The following have been identified as some of the areas of concern to the oil and gas industry . . .

The Chairman: Yes.

M. Lambert (Bellechasse): J'invoque le Règlement. Je ne voudrais pas interrompre le témoin, mais étant donné le caractère bilingue de notre pays, je me demande, puisque le document qui m'a été remis date du mois de mai 1977, s'il n'aurait pas été possible, au sein du Comité ou encore à la *Canadian Petroleum Association*, de nous en faire une traduction en français. Je ne veux pas être méchant, absolument pas; ce n'est pas dans mes habitudes. Mais étant donné que l'on comparait devant un comité de la Chambre, et que, à la Chambre, tout se déroule dans les deux langues officielles, je me demande comment il se fait que l'on n'ait pas pu nous remettre ce document traduit. Pour aujourd'hui, disons que l'on passe l'éponge là; mais je demande au président pour que dans l'avenir, lorsque nous aurons encore à travailler au sein de ce

[Translation]

présenter. Plutôt que de vous en parler en détails, je demanderais simplement au greffier d'apporter les modifications nécessaires au mémoire. D'accord?

Des voix: D'accord.

Le président: Merci.

Monsieur Lade, vous avez la parole.

M. G. W. Lade (vice-président et conseiller général, Pacific Petroleum Ltd.): Merci, monsieur le président. Tout d'abord, la Canadian Petroleum Association est très heureuse d'avoir l'occasion de comparaître devant vous aujourd'hui pour vous présenter ses préoccupations et ses recommandations à l'égard du Bill C-42.

La Canadian Petroleum Association compte 190 sociétés, dont une centaine sont des prospecteurs, des producteurs importants et des constructeurs de pipe-lines au Canada. Les membres de notre association produisent environ 85 p. 100 du pétrole brut et du gaz naturel canadien. Tout comme le gouvernement du Canada, l'association et ses membres favorisent une politique d'économie en matière de pétrole, dans la mesure où cela serait possible et pratique du point de vue de l'économie.

Le siège social de l'association se situe à Calgary, et nous avons des bureaux régionaux à Ottawa, Victoria et Regina. L'association compte 43 comités permanents formés de plus de 1,200 personnes choisies parmi nos sociétés membres. Ces représentants et leurs compagnies sont dévoués, concurrentiels et compétents dans le domaine du pétrole.

Monsieur le président, conformément à votre demande, je voudrais mettre en valeur nos préoccupations par rapport au bill en vous renvoyant au résumé de notre mémoire, qui figure aux pages III, IV et V, et qui est intitulé: «Résumé». Si les honorables membres le voulaient bien, il leur serait peut-être utile de suivre le texte.

L'industrie du pétrole et du gaz se préoccupe des questions suivantes . . .

Le président: Oui.

Mr. Lambert (Bellechasse): A point of order. I do not wish to interrupt the witness, but since we live in a bilingual country and this document was given to me in May 1977, I was wondering why the Committee or the Canadian Petroleum Association could not provide us with a French translation. I certainly do not wish to be nasty, it is not my way. But since we have witnesses appearing before a House Committee and at the House everything is done in both official languages, it seems strange to me that the brief was not translated. We will let it ride for the moment, but I would ask the Chairman that in the future, insofar as possible, all documents are made available in both official languages.

[*Texte*]

Comité, on puisse, autant que possible, avoir à notre disposition tous les documents officiels dans les deux langues.

The Chairman: Mr. Lambert, the Chair wants to apologize and wants to absolve the witnesses before us today of any responsibility for this mishap. They submitted their brief, I believe, about 10 days ago. They submitted it in one official language, and the Clerk of our Committee indicated to them that we would accept the responsibility for translation which is our customary approach.

Unfortunately—and I ask the indulgence of hon. members—because of a mechanical error within the Clerk's staff, this did not happen. There were a number of briefs from petroleum associations, and somebody made a mistake within the staff and got the wrong ones translated. We got one translated for a group that is not appearing before us and the one from the group that is appearing before us is not translated.

Now you have our apologies; our standard practice, as you know, Mr. Lambert, is that they are always translated and in fact not distributed until available in both official languages. This is an exception today because of the reasons that I have outlined. I deeply apologize for the error that has taken place. It is the first time that this has happened and I assure you that corrective action will be taken so that there is some cross checking to ensure that this does not occur again. So please accept my apology and do not in any way view our witnesses as being even in the slightest way responsible for this inconvenience.

M. Lambert (Bellechasse): Merci bien, monsieur le président.

Mr. Huntington: On a point of order, Mr. Chairman.

The Chairman: Yes.

Mr. Huntington: This is the first time I have seen Mr. Lambert at these meetings and I would like to impress on the Committee the yeoman service that the translation service has been doing on the briefs that we have been receiving. The volume of material that has had to go through this Committee in the month of June is just unbelievable. There is a brief of 132 pages that we are going to look at this afternoon. Even the brief that we are hearing at this moment from the Canadian Petroleum Association, the English copy, was received in our office only this morning.

So I want it known through you, Mr. Chairman, to the witnesses here from the Canadian Petroleum Association that there is no way our function within the Committee has had a chance to be fair to you and give you the due attention you are entitled to through well-prepared and researched questions. It is just impossible to function under these circumstances.

I think that has to be on the record. I also want it known that we are very appreciative of the tremendous problems the Clerk and the translation staff are having with the volume of material coming through this Committee.

[*Traduction*]

Le président: Monsieur Lambert, le président voudrait s'excuser et acquitter les témoins de toute responsabilité dans cette affaire. Si je me rappelle bien, ils ont soumis leur mémoire il y a dix jours. Comme ils l'ont soumis dans l'une des deux langues officielles, le greffier du Comité s'est assuré que nous nous occuperions de la traduction, ce qui est notre pratique courante.

Malheureusement, et je demande l'indulgence des honorables membres, il y a eu une erreur d'ordre administratif. Parmi les nombreux mémoires soumis par diverses associations pétrolières, l'un des membres du personnel du greffier a fait traduire les mauvais. Donc, le mémoire d'un groupe qui ne comparaît pas devant le Comité est traduit, tandis que celui du groupe qui comparaît ne l'est pas.

Nous nous en excusons; comme vous le savez, monsieur Lambert, les mémoires sont toujours traduits avant d'être distribués. Si nous faisons exception aujourd'hui, c'est à cause de l'erreur que je vous ai signalée. Je le regrette vivement. C'est la première fois qu'il nous arrive un tel incident, et je vous assure que des mesures seront prises pour l'empêcher de se reproduire. Veuillez accepter mes excuses, et ne croyez pas que les témoins sont le moins responsable de cet inconvénient.

Mr. Lambert (Bellechasse): Thank you very much, Mr. Chairman.

M. Huntington: J'invoque le Règlement, monsieur le président.

Le président: Oui.

M. Huntington: C'est la première fois que je vois M. Lambert assister aux séances du Comité et je voudrais porter à l'attention des membres l'excellent travail des traducteurs. Le nombre de mémoires reçus par le Comité au mois de juin est absolument phénoménal. Cet après-midi, nous allons étudier un mémoire de 132 pages. Même la version anglaise du mémoire de la *Canadian Petroleum Association* n'est arrivé à mon bureau que ce matin.

Je voudrais donc par votre intermédiaire, monsieur le président, signaler aux témoins de la *Canadian Petroleum Association* que les membres du Comité n'ont pas eu l'occasion d'étudier en profondeur leur excellent mémoire. Il nous est impossible de fonctionner dans de telles circonstances.

Je crois qu'il est important de le signaler. Je voudrais également signaler que nous sommes très conscients des problèmes énormes que pose le volume des documents au greffier du Comité et au service des traductions.

[Text]

The Chairman: As a follow-up to that, I think there are 186 briefs. I only have visually here about an inch of document, which is one of 186 briefs. Some of them, of course, are smaller than that, fortunately. But it is a real mechanical problem and I have already expressed my apology to the Committee, and I would hope that we could move on as expeditiously as possible to hear the important witnesses before us.

Mr. Lambert.

M. Lambert (Bellechasse): Je voudrais bien que tous les membres du Comité comprennent que je n'ai porté aucune accusation. On affirme que c'est la première fois que j'assiste à la séance du Comité des finances, du commerce et des questions économiques mais ce n'est pas exact.

Évidemment, en tant que député, je fais partie de quatre comités et souvent, les comités siègent en même temps. Alors, j'ai assisté ce matin à la séance du Comité de l'agriculture et aussitôt que j'ai pu me libérer, je suis venu ici. Et en même temps, la Chambre siège. Tout comme mon collègue, je suis prêt à excuser le témoin; je l'ai dit d'ailleurs, je n'ai pas voulu porter d'accusation. Je comprends toutes les difficultés qu'il y a à faire la traduction, tout cela dans des délais relativement courts. Je comprends tout cela. J'ai voulu tout simplement faire un rappel au Règlement. Même si un député d'assiste pas aux séances du Comité, cela ne veut pas dire qu'il s'en désintéresse. A son bureau, lorsqu'il a un moment de libre, il peut en prendre connaissance et suivre avec intérêt les délibérations du Comité. C'est une question de disponibilité, c'est une question de temps. On a seulement 24 heures par jour, on ne peut en ajouter. Étant donné qu'il y a tant de comités, beaucoup de députés ne peuvent participer de façon efficace à tous les comités dont ils font partie. Il ne faut pas demander aux députés l'impossible, non plus, et je voudrais bien que la population comprenne cette situation.

Merci, monsieur le président.

The Chairman: Thank you very much. I think you are being very generous and understanding in your comments.

Mr. Huntington: And no offence meant.

The Chairman: I would just make one point. I think it is fundamental, and we already know that. Any member of Parliament before a Committee is of equal standing, and his or her standing is not in any way related to attendance at any previous or future meetings. So we will now proceed.

Mr. Lade: Thank you, Mr. Chairman. The following have been identified as some of the areas of concern to the oil and gas industry: 1. As the vast powers of the Competition Board are contemplated, it is undesirable that they should be administered by anything less than a properly-constituted court of record whose members are Superior Court judges. We are here referring to those powers of the Board with which I am sure you are familiar under part 4.1 of the bill to issue restraining orders and to order the divestiture of assets. Failing this and in the alternative, we are recommending that the Chairman and Vice-Chairman of the Board should be Superior Court judges and that all members should have long-term appointments in

[Translation]

Le président: Je crois que nous avons étudié 186 mémoires. Le document que j'ai devant moi n'est qu'un parmi 186. Il va sans dire que certains d'entre eux sont moins volumineux. Mais alors le nombre pose d'énormes problèmes administratifs, et comme je me suis excusé auprès des membres du Comité, j'espère que nous pourrions passer aussi vite que possible aux témoignages.

Monsieur Lambert.

Mr. Lambert (Bellechasse): I would like to point out to members of the Committee that I was not accusing anyone. We have been told that this is the first time I have attended a meeting of the Finance Committee. This is not true.

As a Member of Parliament I sit on four Committees, many of which meet at the same time. This morning, I attended a meeting of the Agriculture Committee and as soon as I was free, I came here. The House is also sitting. Like my colleague, I am willing to excuse the witness and do not want to accuse anyone. I am aware of the problems of translating against the clock. I understand perfectly. I simply wanted to raise a point of order. The fact that an M.P. does not attend all meetings of a Committee does not mean that he is not interested. When he has a free moment, he can follow the *Proceedings* in his office by reading the transcripts. It is a question of time and availability. There are only 24 hours in a day and we cannot add any. Due to the number of meetings, many M.P.s cannot attend all of them. I would like people to understand that we cannot do the impossible.

Thank you, Mr. Chairman.

Le président: Merci beaucoup. Je crois que vous avez été très indulgent.

M. Huntington: Je ne voulais pas vous insulter.

Le président: Je voudrais simplement faire une remarque. Il s'agit d'une question fondamentale dont nous sommes tous au courant. Tous les membres du Parlement sont sur un pied d'égalité devant le Comité, qu'ils assistent ou non aux séances. Poursuivons.

M. Lade: Merci, monsieur le président. L'industrie du gaz et du pétrole se préoccupe des questions suivantes: 1. Vu les pouvoirs considérables que l'on compte accorder à la commission de la concurrence, celle-ci devrait être administrée par un tribunal composé de juges de la Cour supérieure. Il s'agit des pouvoirs accordés à la Commission en vertu de la partie 4.1 du bill d'émettre des ordonnances de restriction et d'ordonner la dépossession. Faute de quoi et subsidiairement, nous recommandons que le président et le vice-président de la commission soient des juges de la Cour supérieure et que tous les membres soient nommés par une période assez longue pour assurer l'élaboration d'une jurisprudence raisonnable.

[Texte]

order that a reasonably consistent body of jurisprudence can be developed.

We are also recommending that each panel of the Board should include the Chairman or Vice-Chairman of the Board.

We are also recommending under (2) that the rules governing the exercise of the Board's power should be established by the Federal Court of Canada and that such powers as mentioned, the power to enjoin, should be exercised by only proper courts, or failing that, as recommended by members of the Board with legal backgrounds.

We are concerned that under the provisions of the bill as at present written, a panel of laymen—a panel as small as three—could be called upon to exercise the powers of issuing restraining orders and the divestiture of assets, acting on what we conceive to be rather vague criteria without being bound by the rules of evidence and without being subject to an appropriate procedure for appeal.

• 1125

Three. We are suggesting that the rules governing solicitor-client privilege should not be modified or affected by the bill. The protection provided by the rules of evidence should be available to every party in proceedings before the Board.

We have recommended in our brief that the procedure for determining the solicitor-client privilege as set forth in proposed Section 10.1 be not adopted but in the alternative we have set forth certain recommendations and they appear on page 9 of our brief, Mr. Chairman, which in our belief would make the procedure, if it is adopted, fairer to the person being investigated.

Four. We are recommending that the rights of the Competition Policy Advocate to appear and present evidence before other government boards are too broad and should be limited substantially.

Our recommendation is that the Advocate's right be limited to representation before these federal boards as in the present act and that he not be allowed to intervene and obtain the status of an aggrieved party for the purposes of review or appeal. Further, we suggest that his interest in such a hearing should be limited to competition aspects and not to the allocation of resources. The National Energy Board and the Energy Resources Allocation Board are two boards constituted to make such decisions with respect to the allocation of resources. Conceivably these boards under the provision of the bill could have their actions reviewed at the instigation of the Advocate and we think this right is unnecessary and improper.

Five. We say that it is critical to the continued growth and operation of the Canadian petroleum industry that specific exemptions from the proposed merger sections be given to joint ventures. Joint ventures have become a traditional vehicle within the industry, particularly with respect to exploration activities which often demand considerable capital outlays under high-risk situations which will not be undertaken by any single person or corporation.

[Traduction]

Nous recommandons également que le président ou vice-président de la commission siège à tous ses comités.

Au numéro 2, nous recommandons que les règlements gouvernant l'exercice des pouvoirs de la commission soient établis par la Cour fédérale du Canada et que lesdits pouvoirs ne puissent être exercés que par les tribunaux ou, si cela s'avère impossible, sur la recommandation des membres de la commission ayant une formation juridique.

Nous nous préoccupons de ce que le bill sous sa forme actuelle autorise un comité de profanes—trois au minimum—à émettre des ordres de restriction et de dépossession pour des raisons que nous croyons mal définies, sans être soumises à la loi de la preuve et sans que la décision puisse faire l'objet d'un appel.

Troisièmement, nous proposons que les règles régissant le privilège du secret professionnel ne soit pas modifié ou visé par le bill. Toute partie ou litige étudié par la Commission devrait être protégé par les règles s'appliquant aux témoignages.

Nous nous opposons dans notre mémoire à l'adoption de la procédure, visant à déterminer le privilège du secret professionnel proposé dans l'article 10.1, mais nous proposons certaines recommandations à la page 9 de notre mémoire qui, d'après nous, rendrait cette procédure plus juste envers la personne faisant l'objet d'une enquête.

Quatrièmement, nous croyons que le droit de l'administrateur de la politique de la concurrence de comparaître et témoigner devant d'autres commissions gouvernementales est trop vaste et qu'il devrait être considérablement restreint.

Nous recommandons que le droit de l'administrateur soit limité à une comparution devant les organismes fédéraux mentionnés dans la loi actuelle. Il ne devrait pas être autorisé à intervenir et à obtenir le statut d'une partie lésée lors d'une révision ou d'un appel. De plus, nous estimons que, lors d'une telle audience, l'administrateur devrait s'en tenir aux aspects de la concurrence et ne pas se préoccuper de la répartition des ressources. L'Office national de l'énergie et l'Office de répartition des approvisionnements d'énergie sont les deux organismes chargés de prendre de telles décisions à l'égard de la répartition des ressources. Il semble qu'en vertu de cette disposition du bill, l'administrateur pourrait demander une révision des mesures prises par ces organismes et nous estimons qu'il s'agit d'un pouvoir inutile et inapproprié.

Cinquièmement, il est essentiel à la croissance et au fonctionnement de l'industrie pétrolière du Canada que les entreprises en commun soient exemptées de façon précise des articles du projet de loi ayant trait aux fusions. Les entreprises en commun sont devenues un instrument traditionnel au sein de notre industrie, surtout pour ce qui est de la prospection qui nécessite souvent des investissements considérables et com-

[Text]

It is our concern that the language of proposed Section 31.71 dealing with mergers is sufficiently broad to encompass these activities.

Six. The monopoly and joint monopolization clauses of the bill may effectively prohibit oil and gas exploration and production operations as now carried out. Again we recommend that specific exemptions should be given for the resource industries where monopolies and joint monopolies as defined by the act are desirable.

Although in our points 5 and 6 we refer, Mr. Chairman, to exemption, we appreciate the difficulties there might be in drafting such exemption provisions and we have recommendations contained in our brief with respect to the wording of the language of these proposed sections which we feel would go a long way to relating the concern of our industry in that regard.

Seven. We are recommending that the subject of interlocking directorates be dealt with following the report of the Bryce Commission on Corporate Concentration.

It is our understanding that the Skeoch Report has suggested that this particular problem be dealt with on an industry-by-industry basis and we think it may be premature for the subject to be dealt with in this bill pending the results of the investigation by the Commission as to what they perceive to be perhaps the evils in interlocking directorates.

Eight. In addition to joint ventures in exploration activities, development and production activities also demand co-operative efforts, many times in accordance with government directives. Joint arrangements often become necessary because of the various working interests represented by many parties, due to the extreme capital requirements as well as to ensure the use of the best technology to result in the timely and efficient recovery of natural resources in accordance with established conservation policies. We feel that the language of the specialization agreement clause is sufficiently broad to catch within its ambit our unitization agreements and that that would require the review, approval and registration of such agreements and would create doubt and uncertainty in our industry.

• 1130

I would refer you, sir, to page 21 of our brief for a description under that particular section of a unitization agreement, and perhaps for the purpose of background information to the members I could just read that into the record. We describe unitization agreements as:

... agreements between working interest owners and Royalty owners to develop and operate an oil or gas field as a single lease on a co-operative basis whereby production from most of the producing wells in the field is discontinued so that production from the entire field can be obtained from just a few selected wells and allocated to all of the parties in accordance with a predetermined formula. Such arrangements not only accomplish cost savings and efficiency of operations but also maximize con-

[Translation]

porte des risques élevés, dont une seule personne ou une seule société ne peut se charger.

Nous craignons que le libellé de l'article 31.71 portant sur les fusions ait un sens assez large pour inclure ces activités.

Sixièmement, les articles du bill portant sur les monopoles et les monopoles conjoints pourraient empêcher toute prospection et production de pétrole et de gaz. Nous recommandons donc que les industries des ressources soient exemptées de façon précise des articles ayant trait aux monopoles et aux monopoles conjoints.

Bien que nous recommandions de telles exemptions, nous sommes conscients qu'il est très difficile de rédiger de telles dispositions. Notre mémoire comprend donc des recommandations au sujet du libellé de tels articles qui contribueraient grandement à supprimer les préoccupations de notre industrie à cet égard.

Septièmement, nous recommandons d'attendre la parution du rapport de la commission Bryce sur la concentration des sociétés avant de légiférer à l'égard du cumul de fonctions.

Nous croyons que le rapport Skeoch proposait d'étudier ce problème en fonction de chaque industrie en particulier. Nous croyons qu'il est peut-être prématuré d'inclure cette question dans le bill avant de connaître les résultats de l'enquête entreprise par la Commission sur les effets nuisibles du cumul des fonctions.

Huitièmement, les entreprises en commun sont non seulement nécessaires dans le domaine de la prospection, mais aussi souvent dans le domaine de la mise en valeur et de la production, conformément aux directives du gouvernement. Elles deviennent souvent nécessaires à cause des différents intérêts de nombreuses parties, à cause des investissements énormes nécessaires, et aussi à cause de la nécessité de recourir à la technologie la plus avancée en vue de récupérer d'une façon efficace nos ressources naturelles conformément aux politiques de conservation de l'énergie. Nous pensons que le libellé de l'article sur les accords de spécialisation est suffisamment général pour inclure nos accords sur l'exploitation par unité. Ainsi, il faudrait que ces derniers accords soient examinés, approuvés et consignés, ce qui créerait beaucoup d'incertitude à l'intérieur de l'industrie.

Je vous renvoie à la page 21 de notre mémoire en anglais pour ce qui est de la description d'un accord sur l'exploitation par unité en vertu de cet article. Je la cite à l'intention des membres du Comité. Un accord sur l'exploitation par:

... est un accord entre exploitants et titulaires de redevances en vue de mettre en valeur un champ pétrolifère ou gazifère sous bail unique, sur une base coopérative, en fermant la plupart des puits actifs pour n'en maintenir que quelques-uns en opération et en répartissant la production entre les parties selon une formule établie d'avance. De tels arrangements, non seulement permettent de réduire les coûts et de fonctionner plus efficacement, mais également de conserver au maximum les

[Texte]

servation of oil and gas resources and are therefore often a requirement of governmental authorities. Unitization agreements appear to fall within the definition of specialisation agreements.

9. We are suggesting that criminal sanctions should be for punishment of persons who have control of all the elements of the business involved and act with a primary intent to damage the public interest for their own or, I should add, corporate benefit.

10. The bid-rigging provisions of the present act remain unsatisfactory. The offence created by the act is absolute and it can arise through the actions of others.

Now I recognize, sir, that the present bill which is before you does not propose any change with respect to the bid-rigging provisions which are in 32.2 but we have on previous occasions, I believe before a Senate Committee or a House of Commons Committee, made recommendations in this regard and we would like to repeat our concerns here today.

11. The unresolved matters relating to class actions that the bill proposed to deal with by regulation should be resolved by proper legislation.

12. Finally, the protection of public interest we suggest should be a function of the Crown and not private individuals through class actions where there is an easing of the burden of proof.

Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Thank you very much, Mr. Lade. I just draw one point to your attention, that your recommendation number 10 relating to bid-rigging which deals with the bill, not with the amending proposal in Bill C-48, is not really properly before the Committee and we will not be able to deal with that in any substantive way, although the point you are making is of great interest to members of this Committee.

Mr. Huntington.

Mr. Huntington: Thank you, Mr. Chairman.

To what extent does competition exist within your grouping of companies under the Canadian Petroleum Association?

Mr. Lade: We think that our industry is—and I am speaking today on behalf of the exploration and production arm of this business—a highly competitive industry.

Mr. Huntington: Competitive. Could you elaborate on that? Competitive in what aspects, in the search for resources and the development of resources and the marketing? Is there a price leadership syndrome? Could you elaborate on that statement?

Mr. Lade: First of all, sir, I am not sure what you mean by a price leadership syndrome. It certainly does not exist in our industry and I might add that many of the pricing considerations have been taken out of the hands of the industry, that portion of the industry that we represent here today, by government intervention. So I do not think that pricing syndrome could be . . .

[Traduction]

ressources en pétrole et en gaz, ce qui fait que les autorités gouvernementales souvent les exigent. Les accords sur l'exploitation par unité cependant semblent être inclus dans la définition des accords de spécialisation.

9. Nous estimons que les sanctions prévues par le Code pénal doivent être réservées aux personnes qui contrôlent tous les éléments d'une entreprise et travaillent intentionnellement contre l'intérêt public pour en retirer des avantages pour eux-mêmes ou pour leur compagnie.

10. Les dispositions sur le trucage des offres restent insatisfaisantes dans la présente loi. L'infraction que crée la loi est absolue, alors qu'elle peut être due à l'action de plusieurs personnes.

Je reconnais que le bill ne change rien aux dispositions sur le trucage des offres qui existent déjà à l'article 32.2, mais nous avons déjà eu l'occasion de présenter des instances à un comité sénatorial ou à un comité de la Chambre des communes à cet égard et nous voulons les reprendre aujourd'hui.

11. Les questions relatives aux actions de groupe qui doivent être précisées dans les règlements devraient être abordées dans la loi même.

12. Enfin, nous estimons que la protection du public doit être assurée par la Couronne et non pas par les particuliers au moyen d'actions de groupe, où il est plus facile de faire la preuve.

Je vous remercie, monsieur le président,

Le président: Merci, monsieur Lade. J'attire votre attention sur le fait que votre recommandation n° 10, portant sur le trucage des offres, dans le contexte du présent bill et non pas de la formule d'amendement au bill C-48, n'est pas à l'étude au Comité pour l'instant. Il est impossible d'en discuter à fond, mais elle intéresse au plus haut point les membres du Comité.

Monsieur Huntington.

M. Huntington: Merci, monsieur le président.

Dans quelle mesure la concurrence s'exerce-t-elle chez les compagnies membres de la *Canadian Petroleum Association*?

M. Lade: Nous pensons que notre industrie—je représente aujourd'hui les secteurs de l'exploration et de la production—et une industrie très concurrentielle.

M. Huntington: Pouvez-vous préciser davantage? Concurrentielle à quel point de vue, l'exploration des ressources, la mise en valeur, la commercialisation? Y a-t-il un syndrome de leadership des prix? Pouvez-vous donner des détails?

M. Lade: D'abord, je ne sais pas ce que vous entendez par syndrome de leadership des prix. Il n'y a rien de tel dans notre industrie, et j'ajoute que bien des étapes du mécanisme de fixation des prix ne sont plus aux mains de l'industrie, en particulier les secteurs qui sont représentés ici aujourd'hui, à la suite de l'intervention du gouvernement. Le syndrome des prix n'est donc pas . . .

[Text]

Mr. Huntington: You are under the same number of regulatory bodies and pieces of legislation that the independent petroleum dealers association are under?

Mr. Lade: Yes, I believe when the independent petroleum association appeared before this Committee they listed perhaps a dozen or two dozen boards or acts to which they were subject under the regulation.

• 1135

Mr. Huntington: Your members are competitive one with the other in what areas?

Mr. Lade: Are you now referring to the IPAC groups?

Mr. Huntington: Your group.

Mr. Lade: Many of our members are members of the Independent Petroleum Association.

Mr. Huntington: So it is an overlapping association.

Mr. Lade: Yes, it is an overlapping association.

Mr. Huntington: Your association is formed for what purpose?

Mr. Macey: The purpose of the association is to represent its member companies on matters on which there can be a consensus before government bodies, before regulatory agencies, with regard to the application of technical regulations primarily.

Mr. Huntington: I see. An organization like yours in the United States is highly questionable. I am told that down there large corporations are backing away from membership in such organizations. Do you see your organization threatened by this legislation?

Mr. Macey: No, we do not.

Mr. Huntington: Strengthened, or a greater need for it?

Mr. Macey: I think the greater need for a trade association probably will come as a result of other legislation. I think this legislation is neutral in that regard.

Mr. Huntington: I am quite impressed with the summary of recommendations you have here. I noted in the *Globe and Mail* yesterday that Mr. Abbott, the Minister responsible for this bill, addressed the Retail Council of Canada, and I quote him:

... the legislation "goes to considerable lengths to impose constraints on the arbitrary exercise of power by both the Competition Board and the Advocate."

In light of the tenor of the briefs that have been coming before these hearings through the month of June to date, and in light of your submissions, which again call for properly constituted courts of record and use of the courts and judicial procedure that protect rights, I wonder if we are getting anywhere when this statement shows up again in the press. Where are we going here? Are we making any impression at all on the department? Do you agree that the legislation goes to considerable lengths to impose constraints on the arbitrary exercise

[Translation]

M. Huntington: Vous êtes assujetti à tous les organismes de réglementation et toutes les lois qui visent l'Association des détaillants indépendants de pétrole?

M. Lade: Oui, si je comprends bien, les représentants de l'Association des détaillants indépendants de pétrole, lorsqu'ils ont comparu devant le Comité, ont indiqué qu'ils étaient assujettis à une ou deux douzaines d'organismes et de lois.

M. Huntington: Vos membres se font concurrence dans quels domaines?

M. Lade: Vous parlez de l'Association des détaillants indépendants de pétrole?

M. Huntington: De votre groupe.

M. Lade: Il y a plusieurs de nos membres qui appartiennent aussi à l'Association des détaillants indépendants de pétrole.

M. Huntington: Les deux associations se rejoignent.

M. Lade: Elles se rejoignent, en effet.

M. Huntington: Quel est le but de votre association?

M. Macey: Le but de l'Association est de représenter les compagnies membres lorsqu'elles peuvent en arriver à un consensus face aux organismes gouvernementaux, aux organismes de réglementation, relativement à l'application de règlements d'ordre technique surtout.

M. Huntington: Je vois. Les organismes comme le vôtre deviennent de plus en plus suspects, aux États-Unis. Il semble que les compagnies hésitent à y adhérer de plus en plus dans ce pays. Vous croyez que la présente mesure est une menace pour votre association?

M. Macey: Pas du tout.

M. Huntington: Vous croyez qu'elle sert à la renforcer?

M. Macey: Je pense que le besoin d'une association professionnelle sera encore plus marqué par suite de l'adoption du présent projet de loi. Le projet de loi lui-même est neutre.

M. Huntington: Je suis impressionné par le résumé de vos recommandations. Le *Globe and Mail* d'hier fait état d'une déclaration de M. Abbott, le ministre, devant le Conseil des détaillants du Canada. Le ministre dit ceci:

... le projet de loi fait beaucoup pour limiter les pouvoirs arbitraires tant de la Commission de la concurrence que de l'administrateur.

Après tout, les mémoires qui ont été reçus au cours du mois de juin jusqu'à présent, après ce mémoire que vous avez présenté et qui insiste une fois de plus sur le recours aux tribunaux existants, sur la procédure judiciaire existante qui garantit les droits de chacun, je me demande si vous avez accompli beaucoup lorsque je lis une telle déclaration dans les journaux. Où en sommes-nous maintenant? Réussissons-nous à faire valoir notre point de vue auprès du Ministère? Êtes-vous d'accord sur le fait que le projet de loi fait beaucoup pour limiter les

[Texte]

of power by both the competition board and the advocate? Obviously you do not.

Mr. Lade: With all due respect to the honourable Minister, I think the opposite effect has been achieved by this bill in its present language.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, when you look at this section dealing with merger, there are some specific criteria; a shopping list of criteria that has to be followed by the board. Do you not think this is going to considerable lengths to remove the arbitrariness of decisions? Decisions have to be taken in the light of those criteria, as opposed to the situation in the United States, for instance, where you would have mergers that unduly or substantially lessen competition. This piece of legislation in many respects is going on specifics, giving guidance to the board in reaching a decision.

I would like the witness to comment in light of those remarks.

Mr. Lade: The language of proposed section 31.71 dealing with mergers contains references to establishment by any means of an interest, any part of a business; reference to 20 per cent of any market. These are so vague that our concern with the present wording is that these joint ventures about which we are concerned will be caught within the ambit of that language.

Mr. Bertrand: Yes, Mr. Chairman, I think a joint venture would be caught, and there is no reason why they should not be; because what is the difference between a permanent joint venture and a merger?

Mr. Lade: If that were so, sir . . .

• 1140

The Chairman: I just want to intervene to keep the record straight. First of all, Mr. Bertrand should be addressing his questions to the Chair and then you can respond; it should not be a two-way street between the two of you. But if you route it the right way we will have no technical difficulties. We certainly do not want to intervene with the giving of evidence. Proceed.

Mr. Lade: Well, if I understand Mr. Bertrand, his proposal is that these joint ventures that we refer to that are essentially the common practice of conducting our oil and gas exploration activities should be caught within the merger sections, I would say that would have the effect of virtually causing us to close up shop. Maybe I misunderstood the thrust of your proposal.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I would like to give a bit more explanation then. When we look at the definition of merger, it is exactly like a parallel in section 32, when we say every person that conspires is guilty. If so, we are saying everybody in Canada that conspires is guilty. Now, transposing that into a merger, any form of a joint venture is a merger and, if the following further conditions down the road are met, then it is subjectively examined. I seriously doubt, Mr. Chairman, that in the type of joint ventures contemplated by the

[Traduction]

pouvoirs arbitraires tant de la Commission de la concurrence que de l'administrateur? Il est évident que non.

M. Lade: En toute déférence pour l'honorable ministre, je tiens à dire que c'est plutôt le contraire qui est vrai si l'on s'en tient au présent libellé du bill.

M. Bertrand: Monsieur le président, il faut examiner l'article sur les fusions, les critères qu'il propose et qui doivent être respectés par la Commission. Ne croyez-vous pas qu'il y a là un effort en vue de limiter l'arbitraire des décisions? Il faut que les décisions soient prises en vertu de ces critères. A ce propos, aux États-Unis les fusions limitent indûment et de façon inportamte la concurrence. Le présent projet de loi va dans les détails, indique à la Commission quels sont les critères sur lesquels elle doit fonder ses décisions.

J'aimerais savoir ce qu'en pense le témoin.

M. Lade: Le présent article 31.71, qui traite des fusions, parle d'acquisitions d'intérêts, d'une proportion de 20 p. 100 du marché. C'est tellement vague que nous craignons que le présent libellé inclut les entreprises en coparticipation.

M. Bertrand: Je pense en effet que les entreprises en coparticipation tomberaient sous le coup de la loi; il n'y a aucune raison qu'il n'en soit pas ainsi. Il faut se demander en effet quelle est la différence entre une fusion et une entreprise permanente en coparticipation?

M. Lade: Si c'est le cas . . .

Le président: Permettez d'intervenir à ce moment-ci pour corriger certaines lacunes. D'abord, M. Bertrand devrait s'adresser à la présidence avant que vous ne puissiez répondre. Il ne s'agit pas ici d'un échange entre vous deux. Si vous passez par la présidence, il n'y a aucun problème. Par ailleurs, il ne s'agit certainement pas, ici, d'empêcher les témoins de donner leur avis. Poursuivez, je vous prie.

M. Lade: Si je comprends bien, M. Bertrand voudrait que les entreprises en coparticipation auxquelles nous faisons allusion et qui sont la norme, chez-nous, pour ce qui est de l'exploitation des ressources en pétrole et en gaz, soient incluses dans les dispositions sur les fusions. Si c'était le cas, il nous faudrait tout simplement mettre fin à nos opérations. J'ai peut-être mal compris.

M. Bertrand: Si vous le permettez, monsieur le président, je vais m'expliquer davantage. La définition de fusion rejoint ce qui est dit à l'article 32 où il est question des complots. Donc, tous ceux qui complotent à ces fins, au Canada, sont coupables aux yeux de la loi. Ainsi, dans le contexte d'une fusion, une entreprise en coparticipation est une fusion; si un certain nombre de conditions s'appliquent, il y a lieu de procéder à un examen subjectif. Pour ce qui est du genre d'entreprise en coparticipation dont a parlé le témoin, je doute, monsieur le

[Text]

witness's association, that a threshold of 20 per cent would be met. Therefore, I think his statement that it would jeopardize exploration activity is an overstatement.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Maciej: Could I ask a question through the Chair of Mr. Bertrand, on the definition of a market? For example, if we look at the situation of the joint venture of Syncrude, with a productive capacity of 125,000 barrels a day, and look at the narrow definition of market, the market for synthetic crude would definitely exceed the 20 per cent threshold. And would the Syncrude venture fall within the ambit of 31.71, or would it be definitely excluded? Is there a wider definition of market? Or what is the definition of market?

Mr. Bertrand: You gave a very good example. May I remind the witness that, if my recollection is right, without a joint venture there would not be Syncrude. If I recall a number of statements by the participants, they wanted to withdraw. That would mean therefore that a joint venture of Syncrude does not lessen competition substantially. There was no competition in that respect even before. Therefore that type of activity would not be caught by the act.

Mr. De Melto, would you like to comment?

Mr. De Melto: I think there are several comments that are relevant here. Joint ventures have always been reviewable under the Combines Investigation Act, either as mergers or as conspiracies, depending on the form which the joint venture takes. And I do not think the basic situation is being changed by the new law.

With respect to joint ventures in an area such as crude oil, as Mr. Bertrand has implied here, many joint ventures do not lessen competition at all and so they would not come under the act in the first place. Secondly, you do have to look at the market. In this case I think it is quite clear that there is a national market and an international market for crude oil, but I cannot conceive of a situation where the crude oil in that particular field would be considered a market. There is just no way that that could happen. Crude oil is a national market and it is an international market.

So it seems to me that under either of those sections the threshold test would be met. So it would be extremely unlikely. And I cannot, in my knowledge of existing joint ventures in that field, think of any which would reach the market size, that would embrace enough of the market that they would raise a question of a substantial lessening of competition either under section 32 or under the merger section. So I wonder about the basic premise that an exemption is needed at all in an area like that. Now, if there are some, of course, then again I see no reason why they should be exempt from review if they are substantially lessening competition in the market.

• 1145

The Chairman: Mr. Lade.

Mr. Lade: First of all, the language that we are looking at right now goes further than "lessens competition." It says, "or

[Translation]

président, que la limite de 20 p. 100 soit atteinte. Aussi, il exagère lorsqu'il dit que cette disposition peut mettre fin à l'exploration.

Le président: Je vous remercie.

M. Maciej: Monsieur le président, puis-je poser une question à M. Bertrand, par votre intermédiaire, concernant la définition de marché? Syncrude, par exemple, est une entreprise en coparticipation avec une capacité de 125,000 barils de pétrole par jour. Si l'on s'en tient à la définition étroite de marché et si l'on examine le marché du pétrole synthétique, la limite de 20 p. 100 est relativement franchie. Est-ce que Syncrude tombe sous le coup de l'article 31.71 ou est-ce que cette entreprise est exclue? Y a-t-il une définition moins étroite de marché? Quelle est-elle?

M. Bertrand: Il s'agit d'un excellent exemple. Je rappelle au témoin que si ma mémoire est exacte, sans coparticipation, il n'y aurait pas de Syncrude. Si je me souviens bien des déclarations des participants, ils ont voulu se retirer à un certain moment. Ce qui signifie que l'entreprise en coparticipation qu'est Syncrude ne limite pas d'une façon importante la concurrence. Il n'était même pas question de concurrence auparavant dans ce domaine. Ces entreprises ne tomberaient donc pas sous le coup de la loi.

Vous voulez ajouter quelque chose, monsieur De Melto?

M. De Melto: Il y a plusieurs points importants qui ont été soulevés ici. Les entreprises en coparticipation ont toujours été renouvelables en vertu de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions, soit comme fusion, soit comme complot, selon la forme qu'elles ont prise. Il ne faut pas penser que la nouvelle loi change quoi que ce soit à la situation.

En ce qui concerne les entreprises en coparticipation dans le domaine du pétrole, comme M. Bertrand l'a fait remarquer, il y en a beaucoup qui ne limitent pas la concurrence et elles ne sont pas visées par la loi. Deuxièmement, il faut voir le marché. Dans ce cas, il est clair qu'il y a un marché national et international pour le pétrole brut, de sorte que dans ce domaine particulier, il ne peut s'agir d'une considération. Le cas ne peut pas se présenter. Le pétrole brut représente un marché national comme un marché international.

D'une façon ou d'une autre, les conditions prévues sont satisfaites. D'après mon expérience des entreprises en coparticipation, dans ce domaine, il est aussi impossible qu'on réussisse à atteindre un marché aussi important de cette façon, au point où l'on peut s'interroger quant à la possibilité qu'une entreprise limite la concurrence soit en vertu de l'article 32, soit en vertu des dispositions sous les fusions. Je ne vois donc pas le besoin d'une exemption à ce niveau. Évidemment, s'il y a des entreprises en coparticipation qui limitent considérablement le marché, je ne vois pas pourquoi elles ne devaient pas être examinées.

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: D'abord, le bill ne parle pas simplement de limitation de la concurrence. Il va plus loin et fait allusion à la

[Texte]

is likely to lessen actual or potential competition". While we have the assurance of these gentlemen that they cannot conceive of any situation where the type of joint venture that I have been discussing would be caught by the merger section, we are somewhat concerned if we get a less sympathetic interpretation, and we think it is broad enough that it could catch these joint ventures. Furthermore, I am not sure just what is meant by "any market" in this language.

The Chairman: Mr. Affleck, I think, wants to make a comment.

Mr. Affleck: First of all, to deal with the latter point, Mr. Chairman, it is very clear that nobody is going to find or define in advance what the word "market" means. And to do so would be contrary to any jurisprudence anywhere. And certainly our courts have from time to time dealt with the market but only in a specific case because you have to first define the geographic boundaries of the market and then delineate the product or service that constitutes that particular matter. Secondly, I think the fundamental point is that if there were some exemption for joint ventures, surely it would not require much imagination to see what would happen; namely, that companies would enter into long-term or permanent joint ventures and thus escape the purview of section 31.71 whereas companies who in fact merged under the same circumstances would be caught.

It would seem to me that the words that are of importance here in the joint venture situation are "substantially lessening competition". And then the shopping list, as Mr. Bertrand describes it, indicates that in many circumstances the joint venture or the merger is going to have to be of a permanent nature because the competition board, for example, is being asked to note whether anybody is going to be eliminated from the market. And in a temporary joint venture of the nature that I think these gentlemen are talking about, they are not going to make a finding of that.

The Chairman: Mr. Huntington, your time has actually expired but in light of the central nature of this provision—I think it is very key to the problems perceived by the association—I think maybe I should stop the clock for a few minutes. If any members have any questions that they want to pursue in that regard I think it might be useful to the Committee, including yourself, of course.

Mr. Huntington: Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Is that agreed? I think there will be time to reach the other names on the list, even following that practice.

Mr. Philbrook: I think it is agreed, Mr. Chairman, but I think you should be a little more generous in giving Mr. Huntington some more time on this first round because really the conversation got away from him and his questioning. So I think we should give him full consideration.

The Chairman: What I have really done is been more generous than that. I have said that we are going to have an open field day for a few minutes and if he wishes to take advantage of it, by all means—or any other members.

[Traduction]

concurrence possible. Il est bien d'avoir l'assurance des députés à l'effet qu'une entreprise en coparticipation du genre de celle que je viens d'indiquer ne risque pas de tomber sous le coup de la loi, mais nous craignons d'autres interprétations plus strictes et nous pensons que le libellé sur les entreprises en coparticipation peut y donner lieu. De plus, il est difficile de savoir ce qu'on entend par marché dans ce libellé.

Le président: Je pense que M. Affleck veut dire quelque chose.

M. Affleck: En ce qui concerne le dernier point, monsieur le président, il est clair que personne ne peut définir d'avance ce qu'est le marché. Le faire serait aller à l'encontre de toutes les jurisprudences existantes. Les tribunaux certainement ont eu l'occasion de déterminer ce qu'est un marché, mais toujours dans un cas bien précis. Il faut, en effet, tenir compte des limites physiques du marché et de la nature du produit ou du service qui est offert dans tel ou tel cas. Deuxièmement, s'il y avait une exemption pour les entreprises en coparticipation il serait facile d'imaginer ce qui pourrait se produire: les compagnies se lanceraient dans des entreprises en coparticipation à long terme ou permanente et contourneraient ainsi l'article 31.71. Les compagnies qui se fusionneraient dans ces circonstances seraient évidemment visées par la loi.

La phrase qui est importante ici, pour ce qui est des entreprises en coparticipation est: «entraîner une réduction sensible de la concurrence». Il y a ensuite tous les critères dont a parlé M. Bertrand. Dans un grand nombre de cas, il faudra que l'entreprise en coparticipation ou la fusion ait un caractère permanent puisque la Commission de la concurrence aura à déterminer si des compagnies sont éliminées du marché. Pour les entreprises en coparticipation sur une base temporaire dont a parlé le témoin, la Commission ne pourra en venir à une pareille conclusion.

Le président: Monsieur Huntington, votre temps de parole est écoulé, mais vu l'importance de ces dispositions dont il est question maintenant, c'est sûrement le nœud du problème tel qu'il est perçu par l'Association, je vais arrêter l'horloge pour quelques minutes encore. S'il y a des membres du Comité qui veulent poser d'autres questions à ce sujet, je les invite à la faire, et je m'adresse tout particulièrement à vous, monsieur Huntington.

M. Huntington: Je vous remercie, monsieur le président.

Le président: J'espère que tout le monde est d'accord. Il y aura sûrement assez de temps pour que tous ceux qui sont inscrits sur la liste puissent prendre la parole.

M. Philbrook: Je suis bien d'accord, monsieur le président, mais je pense que vous devriez vous montrer plus généreux à l'égard de M. Huntington pour ce premier tour. Il a guère eu la chance de participer à la discussion. Vous devriez en tenir compte.

Le président: Il me semble que je me suis montré très généreux. J'ai dit que les questions pouvaient venir de toutes parts, pendant quelques instants, et je l'ai invité à en profiter au même titre que n'importe quel autre membre du Comité.

[Text]

Mr. Huntington: Thank, you, Mr. Chairman. Thank you, Dr. Philbrook, for your support. Back to proposed section 31.71(4) and back to this same point in which the last line

on the information before it, the Board considers to be relevant:

I would also draw to your attention, Mr. Chairman, that the test to bring mergers within the jurisdiction is much lower than what the parties have to prove to the board under proposed section 31.71(5). I still think there are all kinds of area in here for debate on this point.

The Chairman: Proceed, Mr. Lade.

Mr. Lade: If I may comment on that "shopping list"—and I presume that the shopping list is the list in proposed section 31.71(4), our suggestion in our brief is that many of these criteria mask the situation with uncertainty and we really feel that only paragraphs (m) and (n) can be satisfied by an objective approach.

• 1150

The Chairman: Mr. Huntington.

Mr. Huntington: Well, it could go on and on, I guess, Mr. Chairman.

The Chairman: Mr. Munro, do you have a supplementary to the central question of mergers or joint monopolization?

Mr. Munro: If I understood the witnesses correctly, they envisage joint ventures to include such activities as those concerned with exploration. Certainly, from my limited experience of the exploration field of petroleum, this is the only way it can happen, except in the extremely large companies. It is spreading the risk in a way, if you like. If a smaller company wants a share of the action, it undertakes to put up 5 per cent or 10 per cent of the capital in order to explore. This is a joint venture.

I am wondering what attitude Mr. Bertrand has to this sort of joint venture.

The Chairman: Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I think in most situations that type of joint venture would be procompetitive. It would allow a firm that would not otherwise be involved or could not afford to be involved in exploration, to participate in that field. Therefore it would be a procompetitive element and would not lessen competition. This section would not be applicable.

The Chairman: Thank you. Could I ask one clarifying question if I may? I ought to already know the answer to this but in terms of the relationship between your industry and the National Energy Board, is there any requirement for such joint ventures or agreements or whatever to be approved by the National Energy Board? Do they address themselves to that question in any way? Do they have any power to prohibit or to allow or whatever? I just do not know. I think it could be quite important in relation to this act.

Mr. Maciej: Indirectly, Mr. Chairman, the National Energy Board would be involved, for example, if you had a consortium

[Translation]

M. Huntington: Merci, monsieur le président. Merci, monsieur Philbrook, pour votre appui. Revenons à l'article proposé 31.71, à la dernière ligne du paragraphe (4):

... qu'elle juge pertinents sur la foi des renseignements qui lui ont été fournis ...

Je signale en passant, monsieur le président, que le test qui s'applique aux fusions, en vertu de ces dispositions, est moins sévère que celui qui est prévu à l'article proposé 31.71(5) devant la Commission. Tout cela soulève de nombreuses questions.

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: Si vous le permettez, je voudrais revenir sur cette liste de critères dont il a été question et qui se retrouvent à l'article proposé 31.71(4). Nous pensons, et nous l'indiquons dans notre mémoire, que plusieurs de ces critères créent une situation incertaine; seuls les alinéas *m*) et *n*) peuvent être satisfaits d'une façon objective.

Le président: Monsieur Huntington.

M. Huntington: Vous savez, monsieur le président, j'ai l'impression que cela pourrait se prolonger indéfiniment.

Le président: Monsieur Munro, voulez-vous poser une question complémentaire sur les fusions ou les monopoles conjoints?

M. Munro: Si j'ai bien compris les témoins, ils envisagent des entreprises conjointes incluant des activités comme la prospection. Avec mon maigre bagage de connaissances en matière de prospection pétrolière, je crois que c'est la seule façon de procéder sauf lorsqu'il s'agit d'énormes sociétés. C'est, en fait, un moyen de se partager les risques. Si une petite société souhaite prendre part à l'entreprise, elle s'engage à consacrer 5 p. 100 de son capital à la prospection. Il s'agit donc d'une entreprise conjointe.

Qu'en pense M. Bertrand?

Le président: Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: Monsieur le président, je crois que, dans la plupart des cas, ce genre d'entreprise conjointes favoriseraient la concurrence. Cela permettrait à une société qui autrement ne pourrait faire de prospection, de s'intéresser à ce domaine. Ce serait donc un élément favorisant la concurrence plutôt que l'amoindrisant. L'article ne s'appliquerait pas.

Le président: Merci. Puis-je demander un éclaircissement? Je voudrais déjà connaître la réponse, mais vos relations avec l'Office national de l'énergie vous obligent-elles à ce que de telles entreprises ou accords conjoints soient approuvés par l'Office national de l'énergie? L'Office s'intéresse-t-il à cette question d'une façon ou d'une autre? Peut-il vous interdire d'entreprendre cela ou vous poser certaines conditions? Je n'en sais rien. C'est sans doute pourtant très important à propos de cette loi.

M. Maciej: Monsieur le président, l'Office national de l'énergie interviendrait indirectement s'il s'agissait d'un projet

[Texte]

type pipeline project. So indirectly by the approval or disapproval of the National Energy Board as to issuing a certificate of public convenience, the board would have some power over us.

The Chairman: What I am really driving at is whether in fact you are regulated in respect to a lot of these operations. If it is a regulated activity, unless my understanding is wrong, then proposed Section 4.5 may provide an exemption in any event, which is much broader than the kind of detailed examination that we are having at the present moment. I think it might be relevant to this Committee to determine the degree of control or supervision that is exercised by the National Energy Board in relation to the kinds of concerns that you are presently expressing. I think it is quite clear that if they do have the power to control it, to allow it or to disallow it, then insofar as that activity is concerned you are a regulated industry and exempt under proposed Section 4.5.

Perhaps we could get some comments in respect to that.

First of all, perhaps while the witnesses are reviewing that, under the premise that I have outlined, Mr. Bertrand, would that not be the case?

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I believe so in the case of the construction of the pipeline. This being a joint venture and subject to approval by the Energy Board, the Energy Board would have to look at this from the least restrictive way of achieving its objective and having done so, then it would be exempt from being challenged under the merger section.

Mr. Lade: Mr. Chairman, I just had a look at the regulated conduct definition under proposed Section 4.5 and there may be a number of situations where these joint venture operations would be saved by the provisions of the regulated conduct section. It says that the conduct has been expressly required or authorized by a public agency. But we are concerned that there may be a number of these operations that do not come within the ambit of that saving provision.

• 1155

For example, if we were to construct common facilities in a field such as a gas-processing plant or a pipeline, and if it could be conceived that that particular market could be defined as the market for the production from that particular field, if that is an appropriate interpretation of market as it exists in proposed Section 31.71, then we are concerned that we are back under the provisions of this section.

The Chairman: I see everybody wants to get into this now and that is fine, but surely the central question is: To what extent are you regulated or controlled in that particular thing by a body which is authorized by statute and appointed by the government, which would be the National Energy Board? And as far as that conduct is regulated, surely there is an exemption aside from any of the other provisions in relationship to the sections exempted in proposed Section 4.5.

Mr. Maciej: Well, Mr. Chairman, let us take the Energy Resources Conservation Board of Alberta that would approve a project of the nature of the gas plant described. The Energy

[Traduction]

de pipe-line lancé par un consortium. Il devrait alors, en effet, approuver ou rejeter une demande de certificat d'intérêt public.

Le président: Ce que je veux en fait savoir, c'est si l'Office a quelque pouvoir sur vous dans nombre de ces activités? Car si c'est une activité réglementée, j'ai l'impression que par l'article 4.5 proposé, vous pourriez bénéficier d'une exemption de toute façon ce qui serait une mesure beaucoup plus large que le genre d'examen détaillé que nous effectuons actuellement. Il serait donc peut-être important pour le Comité de déterminer quel degré de contrôle ou de supervision exerce l'Office national de l'énergie sur ce genre de préoccupations. Il est tout à fait clair, me semble-t-il, que s'il peut exercer un contrôle, accepter ou refuser un tel projet, vous seriez considérés comme une industrie réglementée et, de ce fait, exemptés de l'article 4.5 proposé.

Peut-être pourriez-vous nous donner votre avis là-dessus?

Tout d'abord, pendant que les témoins examinent la question, qu'en pensez-vous, monsieur Bertrand?

M. Bertrand: Monsieur le président, je crois que cela serait vrai dans le cas de la construction d'un pipe-line. Étant donné qu'il s'agit d'une entreprise conjointe qui doit être approuvée par l'Office national de l'énergie, l'Office devrait examiner la question dans une optique très large relativement à son objectif si bien que l'entreprise ne pourrait être remise en question aux termes de l'article sur les fusions.

M. Lade: Monsieur le président, je viens de jeter un coup d'œil sur la définition des activités réglementées donnée à l'article 4.5 proposé et, en effet, dans certains cas, ces entreprises conjointes pourraient être sauvées grâce aux dispositions de l'article en question. Dans ce cas, l'activité a été expressément demandée ou autorisée par un organisme public. Mais nous craignons qu'un certain nombre de ces activités n'entrent pas dans le cadre de cette disposition d'exemption.

Par exemple, si nous voulions construire des installations communes, comme une usine de transformation de gaz ou de pipe-line, et si l'on pouvait envisager ce marché comme un marché de production, si c'est bien interpréter le marché défini à l'article 31.71, nous craignons qu'alors les dispositions de cet article s'appliquent.

Le président: Je m'aperçois que maintenant tout le monde voudrait intervenir et c'est parfait, mais la question essentielle est la suivante: dans quelle mesure faites-vous l'objet de réglementation ou de contrôle par un organisme autorisé statutairement et nommé par le gouvernement, à savoir l'Office national de l'énergie? Et dans la mesure où ces activités sont réglementées, elles sont certainement exemptées de toute autre disposition relative aux articles exemptés dans l'article 4.5 proposé.

M. Maciej: Ma foi, monsieur le président, prenons l'Office de conservation des ressources énergétiques de l'Alberta qui approuverait un projet tel que celui de l'usine de transforma-

[Text]

Board does not look at the ownership amongst the parties. It totally disregards this and looks at the conservation aspects primarily.

The Chairman: But surely that does not matter as long as it has the power and has addressed itself to the question.

Mr. Maciej: But would that mean a regulated activity?

The Chairman: Well, that is . . .

Mr. Maciej: The Board would not consider the participation, the interest in the market.

The Chairman: I see, Mr. Maciej, we are both asking the same question. Maybe we ought to get the answer.

Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I think, in the case just mentioned, if the Alberta Board simply looks at the conservation aspect or the environment aspect, then this would not provide an umbrella or an exemption except as far as conservation and environment are concerned.

However, I would like to ask a question of the witness concerning a field and a market. And I think the answer to that question will show that the witness's fears are unfounded.

When you discover a field and you have a joint venture, and you are thinking about selling the product, who are your competitors? Do you have any competitors? If you do not have any competitors outside that field, that would be a market? but I submit to you that the next field is your competitor, and if you stretch it a bit further, you will find that, to sell the product of that field, you are also competing on the international market. Therefore, to narrow the definition to the production of a field as being the relevant market is quite inconceivable.

The Chairman: Thank you very much. I hate to pursue this any further, but what about the establishment of Panarctic and other bodies which are established for the development of oil reserves by federal statute? Do those particular cases that have been alluded to here really fall under this proposed act? I am inclined to think perhaps not, if they are established by statute and if the function they perform has been regulated by that statute in an effective manner. Could I have a comment from Mr. Bertrand on that?

Mr. Bertrand: I believe, Mr. Chairman, you would have to look at the particular statute creating Panarctic, for instance, and look at the powers and the functions given to that corporation by that statute. If the statute says precisely that it shall be a joint venture of the following company, there is no doubt that Parliament is supreme.

The Chairman: And it is exempted.

Mr. Bertrand: And it would be exempt.

The Chairman: Okay, thank you very much.

We will now move on to questioners—unless there are more supplementaries. Am I confused here? I think I am. Excuse me for just a moment. Mr. Lambert, followed by Dr. Philbrook, followed by Mr. Munro.

[Translation]

tion du gaz dont on a parlé. Il ne s'occupera absolument pas de savoir qui est propriétaire. Cela ne l'intéresse pas, il s'occupe essentiellement de conservation.

Le président: Cela n'a certainement pas d'importance s'il a étudié la question.

M. Maciej: Mais cela serait-il considéré comme une activité réglementée?

Le président: Eh bien, c'est . . .

M. Maciej: L'Office ne s'inquiéterait pas de la participation, des intérêts sur le marché.

Le président: Je vois, monsieur Maciej, nous posons l'un et l'autre la même question. Quelqu'un pourrait peut-être répondre.

Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: Monsieur le président, je crois que dans le cas qui vient d'être mentionné, si l'Office de l'Alberta s'intéresse uniquement à la conservation ou à l'environnement, cela ne présenterait pas matière à exemption sauf pour ce qui est de la conservation et de l'environnement.

Toutefois, je poserai une question au témoin quant au domaine et au marché. Je pense que lorsqu'il y aura répondu, on s'apercevra que ses craintes ne sont pas fondées.

Lorsque vous découvrez un champ de prospection et que vous avez une entreprise conjointe, vous pensez à vendre le produit. Qui sont vos concurrents? Y en a-t-il? Si vous n'avez pas de concurrents à l'extérieur, ce serait considéré comme un marché. Mais si je prétends que le champ voisin est votre concurrent, et si vous allez un peu plus loin, vous constaterez que, pour vendre le produit de ce champ, vous avez également la concurrence du marché international. aussi, ramener la définition à la production d'un champ en particulier en disant que c'est le seul marché pertinent est absolument inconcevable.

Le président: Merci beaucoup. Je ne voudrais pas m'étendre trop mais que pensez-vous alors de Panarctic et d'autres organismes mis sur pied en vertu d'une loi fédérale pour développer les réserves pétrolières? Ces cas particuliers auxquels on a fait allusion sont-ils touchés par cette loi? Personnellement, je croirais que non s'ils ont été fondés en vertu d'une loi et si leur fonction est véritablement réglementée. M. Bertrand voudrait-il me donner son avis là-dessus?

M. Bertrand: Monsieur le président, je crois qu'il faudrait que vous vous reportiez à la loi précise touchant Panarctic, par exemple, et que vous examiniez le mandat donné à cette société par le Parlement. Si la loi déclare précisément qu'il doit s'agir d'une entreprise conjointe de telle ou telle société, il ne fait aucun doute que le Parlement a une autorité suprême.

Le président: Il y a donc exemption.

M. Bertrand: Oui.

Le président: Bien, merci beaucoup.

Passons maintenant à d'autres questions, sauf si vous voulez poursuivre là-dessus. Est-ce que je suis un peu embrouillé, ici? Je crois que oui. Excusez-moi un instant. Monsieur Lambert, suivi de M. Philbrook, et ensuite M. Munro.

[Texte]

[Traduction]

• (1200)

M. Lambert (Bellechasse): Monsieur le président, je voudrais adresser ma question au témoin qui est immédiatement à votre droite. Est-ce que le témoin pourrait dire au Comité quelles compagnies son Association représente? Est-ce que ce sont uniquement des compagnies canadiennes? Est-ce qu'au sein de votre Association, il se trouve des compagnies multinationales? Est-ce qu'il se trouve des compagnies de la Couronne? Avant d'aller plus loin, j'aimerais avoir une réponse assez précise à cette question pour savoir exactement à quoi m'en tenir sur le contenu de votre mémoire sur le Bill C-42.

The Chairman: Mr. Lade.

Mr. Lade: Mr. Chairman, I would refer that question to Mr. Maciej.

The Chairman: Mr. Maciej.

Mr. Maciej: Mr. Chairman, the Canadian Petroleum Association, as we said at the outset, represents about 100 companies that are active in exploration and production. It includes companies like Imperial Oil, Shell; it also includes some small explorers like Prodeco, so we cover the whole range from the large companies to some very, very small explorers.

M. Lambert (Bellechasse): Vous avez des sociétés multinationales, également?

Mr. Maciej: Yes, the Canadian subsidiaries of multinational are members of our Association.

M. Lambert (Bellechasse): Maintenant, vous êtes ici en rapport avec l'étude du bill C-42. Quelles sont, en particulier, les dispositions de ce projet de loi qui vous préoccupent? Il y en a beaucoup, mais quelles sont les principales? Quels sont les articles qui vous préoccupent le plus et au sujet desquels vous voudriez faire des contre-propositions en vue d'améliorer le projet de loi ou encore de le faire amender d'une façon quelconque, non pas dans l'intérêt des compagnies mais dans l'intérêt de tous les Canadiens?

Mr. Palmer: Perhaps I should respond to that.

The Chairman: Mr. Palmer.

Mr. Palmer: I think in many cases the Association has not addressed itself specifically to redrafting the clauses of the bill which we find to be offensive. We have in some cases within the body of our brief pointed out some of the problems in the specific clauses that we see and to a large degree we have left it at that.

M. Lambert (Bellechasse): Monsieur le président, ce matin, en me rendant au Parlement, à 7 h 00 exactement, je me suis arrêté à un poste d'essence. Une chose m'a frappé et je pense que cela va frapper tous les consommateurs. Sur le réservoir, il y a un tableau qui indique très clairement les taxes fédérales et la taxe provinciale de l'Ontario, ce qui fait en tout 51.4c. De ce montant, l'Ontario tire, je ne sais pas si c'est la même chose au Québec, je vais me renseigner, mais l'Ontario tire 19.4c. Il reste donc aux compagnies 39.6c. puisque j'ai payé mon

Mr. Lambert: Mr. Chairman, I would like to direct my question to the witness seated to your immediate right. Could he tell this Committee which companies are represented by his association? Are they solely Canadian companies? Are there any multinational firms within your association? Are there any crown corporations? Before going any further, I would like a fairly exact reply to this question to know exactly how I should deal with the contents of your brief on Bill C-42.

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: Je m'en référerais à l'avis de M. Maciej pour répondre à cette question, monsieur le président.

Le président: Monsieur Maciej.

M. Maciej: Monsieur le président, l'Association pétrolière du Canada, comme nous l'avons dit au début, représente environ 100 entreprises qui sont actives dans le domaine de l'exploitation et de la production. Elle comprend des entreprises comme Imperial Oil, Shell, et également quelques petites entreprises comme Prodeco; alors, il y a, chez nous, toute une gamme de compagnies, à partir des grandes entreprises jusqu'aux plus petits exploiters.

Mr. Lambert: Do you also have multinational companies?

M. Maciej: Oui, les succursales canadiennes des entreprises multinationales sont membres de notre association.

Mr. Lambert: Now, you are here in relation to the consideration of Bill C-42. What provisions of this bill particularly concern you? There are a good many, but what are the main ones? Which are the clauses which concern you the most and on which you would make counter-proposals to improve the bill or to amend it in some way, not in the interest of the companies, but in the interest of all Canadians?

M. Palmer: Peut-être que je devrais répondre à cette question.

Le président: Monsieur Palmer.

M. Palmer: Je crois que, dans la plupart des cas, nous ne nous sommes pas penchés particulièrement sur la reformulation des articles du bill qui nous inquiètent. Dans notre mémoire, nous avons souligné certains problèmes dans des articles en particulier et, souvent, nous ne sommes pas allés plus loin.

Mr. Lambert: Mr. Chairman, this morning, coming to Parliament at exactly 7 a.m., I stopped at a gas station. One thing struck me and I think it hits all consumers. On the pump, there is a sticker indicating very clearly the federal and provincial taxes for Ontario which amount to a total of 51.4 cents. From this amount, Ontario, and I do not know if this applies in Quebec as well but I will inquire, takes 19.4 cents. So, there are 39.6 cents left to the companies since I paid 91 cents a gallon for my gas. Is your Association in a position to

[Text]

essence 91c. Est-ce votre Association est en mesure de renseigner le peuple canadien sur le pourcentage qui est accordé aux distributeurs et aux détaillants afin que nous puissions établir par la suite le véritable pourcentage par gallon qui est réservé aux compagnies? Est-ce que vous avez ces données pour l'ensemble du Canada?

The Chairman: Do you mean the percentage of the mark-up for the retailer or for the . . .

M. Lambert (Bellechasse): C'est cela. Combien de cents par gallon le détaillant touche-t-il à travers le Canada? Parce que moi, j'ai eu beaucoup de représentations de la part de détaillants de ma province qui sont réellement mécontents du fait qu'il y a des compagnies qui exploitent des postes d'essence à leur profit, en compétition avec des détaillants privés. Et le prix de l'essence d'une compagnie donnée n'est pas exactement le même lorsqu'il s'agit d'un poste d'essence qui est tenu par la compagnie elle-même, ou d'une station de la même compagnie exploitée par un détaillant privé.

• 1205

The Chairman: Mr. Lade.

Mr. Lade: May I respond, Mr. Chairman, with apologies to the honourable gentleman. The association that I represent today does not speak on behalf of the refining or marketing segment of our industry. We are strictly an association that deals with the exploration and production activities. I am sure that there will be other oil companies and marketing companies who will be appearing before this Committee and could respond to your question.

The Chairman: Mr. Lambert, we do have Imperial Oil Limited appearing before us tonight and that might provide the opportunity that you are seeking.

M. Lambert (Bellechasse): Laissons tomber cette question. On va s'en tenir au niveau de l'exploration. Le témoin pourrait-il nous dire, étant donné qu'en tant que membres de certains comités, nous avons eu l'occasion de visiter les explorations qui se font dans l'Arctique, dans le Grand Nord, etc., ce que cela représente comme dépenses d'exploration pour un gallon? Est-ce que c'est uniforme pour chacune des compagnies que votre association représente? Ou y a-t-il des différences entre compagnies, ce qui justifierait les augmentations constantes des prix de l'essence, ou de l'huile à chauffage, ou des sous-produits? Réellement, en toute honnêteté, prend-on un pourcentage raisonnable, ou s'enrichit-on aux dépens des Canadiens, lors de l'exploitation de nos richesses naturelles? C'est le devoir, je pense, de votre association, de nous renseigner là-dessus, étant donné le débat qui se fait actuellement à travers tout le Canada sur la question du pétrole.

The Chairman: Mr. Lade.

Mr. Lade: I will pass that question to Mr. Maciej.

The Chairman: Mr. Maciej.

Mr. Maciej: Mr. Chairman, the cost that is reflected in the gallon of gasoline or the gallon of fuel oil of course is the cost of the raw material. So it is the cost of the crude oil price that

[Translation]

to inform the Canadian public on the percentage that is given to distributors and to retailers so that we could really determine what percentage of the amount paid for a gallon of gas goes to the companies? Would you have that information for the Canadian public?

Le président: Est-ce que vous parlez du pourcentage de l'augmentation pour le détaillant, ou pour . . .

Mr. Lambert: That is it. How many cents per gallon does the retailer make in Canada? I have received a good deal of representations from retailers in my province who are very dissatisfied with the fact that there are companies who exploit gas stations to their own advantage, in competition with private retailers. And the price of gas of a given company is not exactly the same when you are dealing with a gas station operated by the company itself, or operated by that same company through a private retailer.

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: Puis-je répondre, monsieur le président, tout en m'excusant auprès de l'honorable député. L'association que je représente ici aujourd'hui ne peut pas parler au nom des secteurs de raffineries ou de commercialisation de notre industrie. Nous sommes uniquement une association qui s'occupe des activités d'exploitation et de production. Je suis certain qu'il y aura d'autres entreprises pétrolières et de commercialisation qui comparaitront devant ce comité et qui pourront répondre à votre question.

Le président: Monsieur Lambert, Imperial Oil Limited comparaitra devant nous, ce soir, et cette occasion vous fournira peut-être les renseignements que vous cherchez.

Mr. Lambert (Bellechasse): Let us forget that question. Let us just deal with exploration. In view of the fact that, as members of certain committees, we have had the opportunity to visit the exploration sites in the Arctic, in the far North, and so forth, could the witness tell us how much the exploration costs would be for one gallon of gas or oil? Is it a uniform amount for each of the companies represented by your association? Or are there differences between the companies, which would justify the continued price increases in gas, heating oil or biproducts? Really, in all honesty, do you take a reasonable percentage or are you getting rich at the expense of Canadians through development of our natural resources? I feel it is your association's duty to inform us, especially in view of the debate going on now all over Canada on this question of petroleum.

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: Je laisserai M. Maciej répondre à cette question.

Le président: Monsieur Maciej.

M. Maciej: Monsieur le président, un gallon d'essence ou de pétrole comprend, évidemment, le coût de la matière première. Alors, cela inclut le prix de l'huile brute. Il faut se rappeler

[Texte]

is reflected. We have to keep in mind that the crude oil price has many components in it, one of the largest of which is the provincial and federal governments' tax and royalty share. Apart from that, in the cost of the raw material is reflected the exploration, the development and the production costs. Those latter three cost elements vary tremendously from time to time between each company, and there is an averaging process.

The costs are very, very definitely rising. They are rising very rapidly, especially since the less expensive southern areas in Canada have been explored and the reserves are becoming more and more difficult to find. The finding costs in particular are rising at a dramatic rate. This has resulted in companies' shifting their exploration theatres into new and virgin territories such as the East Coast offshore or the Arctic Islands or the Mackenzie Delta where there is potential and hope for larger finds.

Unfortunately, those new areas in Canada are the most hostile and the most expensive areas. And, we have to be quite frank, the resources in Canada have always been on the marginal fringe compared with the world market situation. So as the prices rise, we will be able to bring in more and more of our own resources into the realm of economic viability and thus reduce our dependence on, for example, imports from the OPEC countries. As most of you are undoubtedly aware, one of the difficult problems with the vast oil sands reserve is simply that the cost of developing the oil sands deposits in Alberta, at the moment, is beyond even the world price and presents a very marginal proposition. However, as the price rises this very important resource to our nation will come into the realm of economic viability and will then be developed.

• 1210

The Chairman: Thank you, Mr. Lambert.

Mr. Philbrook.

Mr. Philbrook: Thank you very much, Mr. Chairman. After talking about so many specifics for the last few minutes, I would like to get back into generalities for awhile, in terms of your general perspective on competition—the line of reasoning Mr. Huntington started out on. I think you indicated that, as far as you were concerned, you were satisfied that there was ample competition within your industry in your area of association?

Mr. Lade: Yes, sir.

Mr. Philbrook: Okay, that is fair enough, considering that it is a little-understood industry, that you have things such as joint ventures, which are necessary, and so on. Probably these are subject to misinterpretation.

Quite honestly, are you aware of any public criticism of your industry, your association, in terms of competition—even though you are satisfied yourself? Have you any concerns because of the number of companies, because of having to band together to get the job done, and so on, and misinterpretation?

Mr. Maciej: Mr. Chairman, to the best of my knowledge, as far as the exploration and production segment is concerned, from all the public opinion surveys that I have seen there does

[Traduction]

que ce dernier prix est composé de plusieurs éléments, dont la plus grande partie est les taxes et les brevets des gouvernements fédéral et provinciaux. À part cela, le coût de la matière première est compris dans le coût d'exploitation, de mise en valeur et de production. Ces trois derniers éléments varient énormément de temps en temps, selon la compagnie, et l'on établit la moyenne.

Assurément, les coûts augmentent. Ils augmentent très rapidement, et ceci surtout à cause du fait que les réserves dans le Sud du Canada, les moins chères, ont été exploitées et les ressources sont de plus en plus difficiles à trouver. Les coûts des opérations de découverte, en particulier, accroissent à un taux incroyable. Donc, les entreprises déménagent leurs sites de prospection aux territoires nouveaux et vierges, tels qu'on en trouve au large de la côte est ou des îles de l'Arctique ou du delta du Mackenzie ou l'on espère découvrir de plus abondantes richesses.

Malheureusement, ces nouvelles régions du Canada sont des plus sauvages et des plus chères à mettre en valeur. Il faut que nous vous disions franchement que les ressources, au Canada, ont toujours été marginales en comparaison avec les marchés mondiaux. Alors, au fur et à mesure que les prix augmentent, nous serons plus en mesure de rendre nos propres ressources plus viables, du point de vue économique, et ainsi réduire notre dépendance sur, par exemple, des importations des pays de l'OPEP. Comme vous le savez pour la plupart, un des problèmes difficiles pour les réserves de sables pétroliers est tout simplement que le coût d'exploitation en Alberta à l'heure actuelle, dépasse même le cours mondial, ce qui en fait donc une proposition très marginale. Toutefois, au fur et à mesure que le cours va monter, cette ressource extrêmement importante pour notre pays deviendra économiquement viable et sera alors exploitée.

Le président: Merci, monsieur Lambert.

Monsieur Philbrook.

M. Philbrook: Merci beaucoup, monsieur le président. Après avoir parlé de tant de points précis, dans les dernières minutes, j'aimerais revenir un instant à quelques généralités et à votre optique globale en matière de concurrence, un peu comme on en a parlé avec M. Huntington. Je crois que vous avez dit que, pour vous, vous estimiez que la concurrence dans votre industrie était très saine.

M. Lade: Oui, monsieur.

M. Philbrook: Bien, c'est normal, sachant que cette industrie est mal comprise, que vous êtes une entreprise conjointe qui est nécessaire, etc. Il y a donc probablement là certains malentendus.

Très honnêtement, êtes-vous conscient que le public critique votre industrie, votre association, en matière de concurrence alors que vous vous pensez que la situation est tout à fait saine? Vous préoccupez-vous du nombre de sociétés qui, parce qu'elles doivent se regrouper pour accomplir certaines tâches, etc, sont mal comprises?

M. Maciej: Monsieur le président, en autant que je sache, pour la prospection et la production, d'après tous les sondages

[Text]

not seem to be any concern in the public's mind about the competitiveness of that end of the business.

Mr. Philbrook: By the public, I do not mean just the consumer, I mean political figures, political groups, consumers groups and associations and so on—people who are in a position to research and explore your area of work.

Mr. Maciej: We have never run into any criticism in that regard in the exploration and production phase.

Mr. Philbrook: Is there any concern you are aware of that perhaps exploration is not proceeding as well as it might—for purposes of political leverage, or keeping prices up, and so on? In other words, are areas of potential drilling being sat on by the companies?

Mr. Maciej: That issue does come up from time to time, particularly with the jurisdictions in charge of the mineral rights, as to whether the term of a lease or the term of an exploration is too long or too short, and whether it should be modified. That happens from time to time. For example, we have just undergone a major revision in the land tenure system in Alberta, whereby the terms of the exploration licenses have been substantially shortened and the term of the basic lease has been halved from 10 years to 5 years. So certainly, in those people who administer the mineral rights for the people in the various jurisdictions, that concern does arise. Adjustments are made from time to time to correspond with or react to reality and to the change in the exploration patterns. As a potential basin matures and is more heavily explored, I think you would want to look at the change in the land tenure system. We in Alberta, particularly, have the issue of deeper rights. The Alberta government has made a decision to sever the deeper rights by 1983. The government has given the companies an option in the next seven years to explore the deeper rights, but if the exploration does not take place, those rights will be severed.

Mr. Lade: I might, add, Dr. Philbrook, that in British Columbia during the last three years there has been an annual review by the B.C. Energy Commission of the level of activity of the companies in the oil and exploration business—to answer your questions.

Mr. Philbrook: I had the impression . . .

Mr. Palmer: When you asked the question about whether or not there was any political interference with regard to competition within the industry, my mind could not help but go back to an address at a luncheon I attended in Calgary just a matter of months ago where . . .

• 1215

Mr. Philbrook: I am sorry, I was not asking about political interference but about political concern or criticism of the state of competition within your industry.

Mr. Palmer: Yes, that is really what I intend to address myself to. I believe Mr. Abbott, at that luncheon address, indicated to the industry or at least to the Calgary Chamber of

[Translation]

d'opinions que j'ai pu voir, le public ne semble pas du tout mettre en doute la concurrence dans ce secteur.

M. Philbrook: Quand j'ai dit le public, je ne pense pas seulement aux consommateurs, mais aux hommes politiques, aux groupes politiques, aux groupes et associations de consommateurs, etc . . . aux gens qui peuvent effectuer des recherches et étudier vos activités.

M. Maciej: Nous n'avons jamais eu connaissance de telles critiques en matière de prospection et de production.

M. Philbrook: Certains s'inquiètent-ils que peut-être la prospection ne va pas aussi bien qu'on le voudrait, et que cela peut être dû à des pressions politiques ou à une tactique pour maintenir les prix à la hausse, etc.? Autrement dit, pourrait-on faire des forages dans des régions que les sociétés négligent actuellement?

M. Maciej: Le problème est en effet soulevé de temps à autre, particulièrement au niveau des autorités responsables des droits miniers. On s'interroge en effet sur la durée du bail et les conditions de prospection doivent être maintenues telles qu'elles ou modifiées. Cela arrive. Par exemple, nous venons d'entreprendre une révision majeure du régime foncier, en Alberta, qui a amené à raccourcir sensiblement la durée des permis de prospection et la durée du premier bail a été diminuée de moitié puisqu'ils ne sont plus accordés pour dix ans mais pour cinq ans. Il est donc évident que, pour les responsables de l'administration des droits miniers des diverses juridictions, c'est une préoccupation. Des rajustements sont apportés de temps à autre en fonction de la situation et de l'évolution des modes de prospection. Lorsqu'un bassin paraît exploitable et que la prospection s'intensifie, il faut évidemment revoir le régime foncier. En Alberta, en particulier, nous avons ce problème des droits du sous-sol. Le gouvernement albertain a décidé de supprimer ces droits d'ici 1983. Il a donné aux sociétés la possibilité de prospecter encore pendant sept ans, mais si ce n'est pas fait, les droits seront supprimés.

M. Lade: J'ajouterais, monsieur Philbrook, qu'en Colombie-Britannique, depuis trois ans, la Commission de l'énergie étudie chaque année le niveau d'activités des compagnies pétrolières et des compagnies de prospection.

M. Philbrook: J'avais l'impression . . .

M. Palmer: Quand vous avez demandé s'il y avait quelque-ingérence politique dans la concurrence que se livre l'industrie, je n'ai pu m'empêcher de penser à un discours fait il y a à peine quelques mois à Calgary . . .

M. Philbrook: Je suis désolé, je ne parlais pas d'ingérence politique mais de préoccupation politique ou de critique des méthodes de concurrence touchant votre industrie.

M. Palmer: Justement, c'est ce dont je voulais parler. Je crois que c'est M. Abbott qui, lors d'un grand déjeuner, a déclaré à l'industrie ou au moins à la Chambre de Commerce

[Texte]

Commerce that it was not his intention with the new bill to interfere in any way with the customary and traditional ways in which the industry has been carrying on its activities.

We had that assurance but, nevertheless, we are concerned about some of the provisions in the bill because we are not sure that the bill because we are not sure that the bill completely follows what the undertaking or what the suggestion of the Minister was at that time.

Mr. Philbrook: All right. May I just go on? We have had some instances where producer groups have felt that in their dealings with their customers they, in fact, have been the victims of anticompetitive activity. And you must have customers, too; there must be other groups in the economy that you deal with. Are there are other concerns on your part that, in fact, you have competitive problems from another group that you deal with, not within your own group or industry but from your buyers, your customers?

The Chairman: Mr. Lade.

Mr. Lade: Do you mean where our customers perceive our industry as not being competitive or ...

Mr. Philbrook: No. No, where ...

Mr. Lade: ... difficulties we have with our ...

Mr. Philbrook: Difficulties you have.

The Chairman: Whether you become the victims ...

Mr. Philbrook: With your customers, where you are the victims.

The Chairman: ... rather than the oppressors.

Mr. Philbrook: Yes.

Mr. Lade: I really cannot think of any instance.

Mr. Philbrook: All right. Now, you people, I am sure, in the position you are in, have to be very aware of the economy in general. Do you have any general concerns about the state of competition in our economy, whether it is perfect or whether there are some serious concerns, whether there are some anticompetitive practices and so on, just in the economy in general?

Mr. Maciej: I would say, hopefully, we are not talking about perfect competition because I think, by definition, perfect competition is no competition where you just have one price; everybody is running on the same basis with the same profit expectation, and so on. So I think, hopefully, we are talking about effective competition.

My general impression of the Canadian economy certainly would be that it is very competitive. And, hopefully, there is enough flexibility in the economy that when we, as an industry, go out to buy services we have an adequate choice so that we have competitive tenders for large projects to ensure that we are encountering the minimum cost.

Mr. Philbrook: This is taking a little bit long to build up to but what I am really asking is do you think competition legislation is necessary or not? In fact, could the market system run the way it is? Do you feel it is reasonable for the

[Traduction]

de Calgary qu'il n'avait pas l'intention, avec ce nouveau projet de loi, d'intervenir d'une façon ou d'une autre dans les méthodes habituelles et traditionnelles qui ont toujours gouverné notre industrie.

L'assurance nous en a été donnée mais cela n'empêche que nous nous inquiétons de certaines des dispositions du projet de loi car nous ne sommes pas certains qu'il suive entièrement l'engagement ou la suggestion du ministre à cette époque.

M. Philbrook: Bien. Puis-je poursuivre? Il est arrivé que des groupes de producteurs estiment que, dans leurs rapports avec leurs clients, ils ont, eux, été victimes de mesures anti-concurrentielles. Vous devez aussi avoir des clients; vous devez traiter avec d'autres groupes de l'économie. Cela vous pose-t-il des problèmes? Pensez-vous que la concurrence ne soit pas aussi saine dans un autre groupe avec lequel vous devez traiter, par exemple, parmi vos acheteurs, vos clients?

Le président: Monsieur Lade.

M. Lade: Vous nous demandez si nos clients pensent qu'il n'y a pas de concurrence dans notre industrie ou ...

M. Philbrook: Non, si ...

M. Lade: ... si nous avons des difficultés avec nos ...

M. Philbrook: Oui, il y a des problèmes.

Le président: Si vous-mêmes devenez les victimes ...

M. Philbrook: De vos clients.

Le président: ... plutôt que les oppresseurs.

M. Philbrook: C'est cela.

M. Lade: Non, je ne pense pas que cela soit jamais arrivé.

M. Philbrook: Très bien. Maintenant, étant donné votre position, il faut être très conscient de l'économie en général, n'est-ce pas? Le climat concurrentiel de notre économie vous satisfait-il en général? Semble-t-il parfait ou avez-vous de sérieuses réserves, pensez-vous qu'il y ait des pratiques anti-concurrentielles etc.?

M. Maciej: J'espère que vous ne voulez pas véritablement parler de concurrence parfaite car, par définition, la concurrence parfaite signifie l'absence de concurrence, c'est-à-dire un seul prix; tout le monde part du même point avec le même espoir de rentabilité, etc. J'espère donc que vous voulez parler de concurrence efficace.

En général je dirais que l'économie canadienne est très concurrentielle. Et nous pouvons espérer qu'elle a assez de souplesse pour que, lorsque nous décidons d'acheter des services, le choix soit suffisant pour que les soumissionnaires visant d'importants travaux nous permettent d'envisager ceci au coût minimum.

M. Philbrook: J'ai du mal à préciser ma question mais je veux en fait vous demander si, à votre avis, la législation est nécessaire en matière de concurrence? Pensez-vous qu'il soit raisonnable que le gouvernement légifère dans ce domaine? Le

[Text]

government to get into competitive legislation? And that is leading up to something else.

Mr. Maciej: I think it is reasonable for the government; I think it is the role of government to ensure that competition does exist in the economy.

Mr. Philbrook: That is fair enough. Do you consider that the present legislation, the anticompanies legislation, has been effective enough or not or do we need some modification to that perhaps, such as this legislation? In other words, there is some feeling that cases have gone to court and have not been resolved there and there is some dissatisfaction left over that there were some anticompetitive practices and these have not been dealt with effectively by the courts; cases have been thrown out; the Irving case and so on.

Some of our witnesses have suggested they would be just as happy with the existing legislation. Others have conceded that perhaps it is not adequate and we need some new legislation; it is a question of what kind.

Mr. Lade: Excuse me, there are two views on that matter, Dr. Philbrook. One is that we are not getting enough convictions and, therefore, we need to strengthen our competition policy.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman.

The Chairman: Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: I think I could dispell right away the impression of the witness when he is saying we are not getting enough convictions, therefore, we should amend the act.

• 1220

Mr. Philbrook: I am not sure we actually heard the witness on that one.

An hon. Member: Maybe he has not finished.

Mr. Philbrook: Yes. I would like to hear what he has to say because I think he was talking about the various views that exist, not necessarily his own.

The Chairman: Excuse me. If Mr. Lade has not completed his question—I was not following it that carefully—then proceed, of course, and if Mr. Bertrand wants to make a comment, by all means following your comment.

Mr. Lade: In response to your statement or question, Dr. Philbrook, I think there are two views that you might take of the existing competition provisions and that is that the failure to get convictions means that the act is not effective in its present provisions.

The other view might be, and I am sure this one has been stated before this Committee, that people are simply evading the law. That is an equally valid approach, I think. And certainly, as perceived by our industry, we think within our industry there is effective competition. There may be evils that exist in other areas of the Canadian economy—I do not know whether we can really state that—to justify this kind of strengthening of the competition acts.

The Chairman: Mr. Maciej.

[Translation]

système pourrait-il fonctionner tout seul? Et cela mène à une autre question.

M. Maciej: Oui, je crois que c'est raisonnable; le rôle du gouvernement est d'assurer une économie concurrentielle.

M. Philbrook: Bien, cela me suffit. Estimez-vous que la loi relative aux enquêtes sur les coalitions que nous avons actuellement est suffisamment efficace ou qu'elle doit être modifiée comme cela est proposé ici? Autrement dit, il semble que certaines causes aient été portées devant les tribunaux et n'aient pas pour autant été résolues, que l'on ait décelé des pratiques anti-concurrentielles et que les tribunaux n'aient pas agi en conséquence; que certaines causes aient été rejetées comme l'histoire Irving, etc.

Certains de nos témoins ont, par contre, dit que la loi actuelle était bien suffisante. D'autres ont admis qu'il fallait la réviser; encore faut-il savoir comment.

M. Lade: Excusez-moi, il y a deux points de vue là-dessus, monsieur Philbrook. Tout d'abord, il n'y a pas suffisamment de condamnations, ce qui veut dire qu'il faut renforcer les mesures.

M. Bertrand: Monsieur le président.

Le président: Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: Je pense pouvoir tout de suite détromper le témoin qui déclare, que, puisque nous n'avons pas assez de condamnations, il nous faut modifier la loi.

M. Philbrook: Je ne suis pas certain que ce soit exactement ce qu'a dit le témoin.

Une voix: Peut-être n'a-t-il pas fini.

M. Philbrook: En effet. J'aimerais terminer de l'entendre car je crois qu'il parlait de différents points de vue, et pas nécessairement du sien.

Le président: Excusez-moi. Si M. Lade n'a pas terminé, vu que je ne suivais pas attentivement, qu'il le fasse, bien sûr, et si M. Bertrand veut ajouter quelque chose, je lui donnerai la parole tout de suite après.

M. Lade: Je crois en effet, monsieur Philbrook, que l'on peut avoir deux points de vue sur les dispositions actuelles visant la concurrence: d'une part, si l'on n'a pas de condamnations, c'est que la loi n'est pas efficace.

D'autre part, et je suis sûr que vous l'avez déjà entendu dire, les gens réussissent à se soustraire à la loi. C'est, je crois, tout aussi vrai. Notre industrie estime qu'il n'y a pas, dans son secteur, d'entrave à la concurrence. Peut-être les choses ne vont-elles pas aussi bien dans d'autres secteurs de l'économie canadienne, je n'en sais rien, et qu'ainsi il faille renforcer les lois sur la concurrence.

Le président: Monsieur Maciej.

[Texte]

Mr. Maciej: Mr. Chairman, I think it is clear that any legislation is being reviewed from time to time as the economy changes. The economy becomes altered in a nation. It becomes more sophisticated. I think it is a worthwhile effort, and any personal opinion is that we do not do that often enough with a lot of legislation that sits on the statute books. So I think a review is in order.

Our concern is that the new legislation may bring about a change in some very effective and very competitive operating procedures that have resulted in maximum productivity, conservation and recovery of very valuable hydro-carbons by our industry, that those very efficient procedures may be effected and may have to become less efficient. That really is our concern with the legislation.

Mr. Philbrook: There is one other thing I would like to clarify.

The Chairman: Would you like a comment from the over-anxious Mr. Bertrand?

Mr. Philbrook: I would, but I can ask a very quick question as to just what I am really getting at. That is whether the Association is prepared to support a civil administration concept like the Advocate and The board at all, or whether it is a question of trying to iron out some of the wrinkles in that concept.

Mr. Lade: I think we are not against the basic concept. It is more a matter of providing some appropriate restraint on the powers and the appeal, and the composition of the Board. That is what we are addressing ourselves to.

Mr. Philbrook: These are qualifications, appeals, and so on, that type of thing, the safeguards you do not see there now.

The Chairman: Mr. Bertrand, and then we will move to Mr. Munro.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I want to address myself to the remarks that a failure to obtain convictions was an indication of the way our law works. When we refer to failure to obtain convictions you must realize that convictions are not an end in themselves. Therefore, there is no problem with failure of obtaining convictions.

The real situation and the real problem comes up when you have some very serious anticompetitive situations by any standards whatsoever. If you look at what is going on in the world and you have a situation where, if the same situation were to take place elsewhere, it would be regarded as against the public interest, our tribunal, looking at it with our statute, does not reach that conclusion.

In this respect the failure to obtain convictions is a reflection of the inadequacies of the law. What we are really saying is that the law is inadequate and as one indication you could see the number of cases that were brought and that appeared to be general competition cases, and that were not accepted by the court.

The Chairman: Mr. Munro.

[Traduction]

M. Maciej: Monsieur le président, je pense qu'il est évident que tout texte législatif est révisé périodiquement au fur et à mesure que l'économie évolue. La situation change, les choses se compliquent, et c'est donc, à mon avis, très utile. Je ne pense d'ailleurs pas que cela se fasse assez souvent pour beaucoup de nos lois. Je ne vois donc aucune objection à ce qu'on révisé la loi.

Ce qui nous inquiète, c'est que la loi risque de modifier des méthodes très concurrentielles et efficaces qui nous ont permis une production maximum, de conserver et de récupérer des hydrocarbures précieux. Nous avons donc simplement peur d'être ainsi obligés à devenir moins efficaces.

M. Philbrook: Je voudrais encore un éclaircissement.

Le président: Ne voulez-vous pas entendre M. Bertrand?

M. Philbrook: Si, certainement, mais je voudrais poser une question très brève à ce sujet. L'Association est-elle disposée à appuyer un concept d'administration civile qui se fasse l'avocat ou s'agit-il en fait simplement d'atténuer certaines aspérités?

M. Lade: Ne croyez pas que nous soyons opposés à l'idée fondamentale. Il s'agit plus de prévoir une limite appropriée des pouvoirs de la Commission, de veiller au système d'appel et à la composition même de la Commission. C'est, en fait, notre préoccupation.

M. Philbrook: Ce sont des conditions, des possibilités d'appel, etc., ce genre de choses, ces garanties, qui vous semblent manquer.

Le président: Monsieur Bertrand, puis nous passerons à M. Munro.

M. Bertrand: Monsieur le président, je voulais répondre aux observations portant que l'absence de condamnations prouvait que la loi n'était pas assez sévère. Quand on dit qu'il n'y a pas de condamnations, il faut comprendre que celles-ci ne sont pas une fin en elles-mêmes. Aussi, le fait de ne pas condamner ne représente pas un échec.

La réalité et le véritable problème se situent dans les cas de pratiques véritablement anticoncurrentielles, quelles que soient les normes. Si vous examinez la situation mondiale et que vous vous apercevez qu'ailleurs, le cas qui vous occupe serait considéré comme allant à l'encontre de l'intérêt public, si notre tribunal, en se fondant sur notre loi, n'arrive pas à la même conclusion, il y a un problème.

Évidemment, là, l'absence de condamnations reflète bien l'insuffisance de la loi. Nous déclarons alors que la loi ne répond pas aux besoins et la preuve en serait le nombre de causes avancées qui semblaient relever du domaine de la concurrence générale et qui, en fait, n'ont pas été acceptées par les tribunaux.

Le président: Monsieur Munro.

[Text]

Mr. Munro: I would like, first of all—I suppose it is a point of order.

The Chairman: Yes, Mr. Munro.

Mr. Munro: I am fairly new on this Committee. Will these briefs be published as part of the proceedings?

The Chairman: Yes, they will. This is the standard practice.

Mr. Munro: I would like to come back to the merger and joint venture notion which we started on. I do not think it concluded—it certainly did not conclude to my satisfaction. I do not know whether the witnesses are satisfied with the answers and the clarifications that were given. But I understood the witnesses to say, their Association is concerned with exploration and production. I also heard something, I think it was from Mr. Affleck who said “well, it stands to reason that no one is going to define the market, or what a market is”, unless I have put words into Mr. Affleck’s mouth.

• 1225

The Chairman: I think what he had said that there is no precedent anywhere in the world for that being done legislatively.

Mr. Palmer: In advance.

The Chairman: In advance of the isolated situation review.

Mr. Munro: When I asked Mr. Bertrand about the joint venture aspect of an exploration venture where the exploration is unlikely to take place with just one participant because of the high risks, I was given to understand that he believed—this was the key word—he believed that would probably be accepted as a joint venture and not a merger.

Now, I think we should get something a little more clearly defined than a belief. I am still talking about exploration and not production. I wonder if Mr. Bertrand, and perhaps Mr. Affleck—might be prepared to address themselves to an exploration aspect only of the activities of this group that is before us, considering a competition to get a lease on the ground and then gathering in the necessary funds to proceed with drilling. That could be a market; it could be a market. Until the lease has been assigned it is a market. There is some open space out there in Saskatchewan, Alberta, in British Columbia and up in the Northwest Territories. Now, a group of people get together, they bid, some people may be cross-bidding with one another, they have bigger shares on that lease than another company. Now, we are not talking about production—I make this quite clear—we are talking about exploration. Could that be defined as a market in Mr. Affleck’s eyes, or in Mr. Bertrand’s eyes?

The Chairman: Mr. Affleck?

Mr. Affleck: I think I could define joint exploration as a market in this country, but you could also define joint exploration in the oil and gas industry as an international market, because oil and gas is an international commodity. The difficulty it gets into is the geographic situation and whether there is any substitute for oil and gas. If you are talking about it as an energy source, you also have to deal with a substitute, like hydro-electricity. That is the difficulty, I think; it can be

[Translation]

M. Munro: J’ai tout d’abord un rappel au Règlement.

Le président: Oui, monsieur Munro.

M. Munro: Je siège depuis peu à ce comité et j’aimerais savoir si ces mémoires seront insérés à nos délibérations.

Le président: Oui. C’est toujours la pratique.

M. Munro: J’aimerais maintenant revenir à cette motion de fusion et d’entreprises conjointes. Nous n’avons pas terminé tout à l’heure, du moins cela ne m’a pas suffi. Je ne sais pas si les témoins sont satisfaits des réponses et des éclaircissements donnés, mais je crois qu’ils ont déclaré que leur association s’inquiétait de la prospection et de la production. Je crois aussi avoir entendu M. Affleck dire: «Ma foi, il est évident, que personne ne va définir le marché, ni ce qu’est un marché», à moins que je n’aie mal entendu.

Le président: Je crois qu’il a dit que nulle part ailleurs au monde cela avait été fait législativement.

M. Palmer: A l’avance.

Le président: Avant l’examen de la situation.

M. Munro: Lorsque j’ai interrogé M. Bertrand sur une entreprise conjointe de prospection où il est peu probable que cette prospection se fasse avec un seul participant, étant donné les risques, j’ai cru comprendre qu’à son avis, il a bien dit, à son avis, que cela serait probablement considéré comme une entreprise conjointe et non pas comme une fusion.

Or, je crois qu’il nous faudrait quelque chose d’un peu mieux défini. Je parle toujours de prospection et non pas de production. M. Bertrand et, peut-être, M. Affleck voudrait-il se limiter aux activités de prospection du groupe représenté ici et envisager une situation de concurrence pour obtenir un bail et ensuite recueillir les fonds nécessaires pour procéder au forage. Ce pourrait être un marché. Tant que le bail n’a pas été signé, c’est un marché. Il y a de grands espaces en Saskatchewan, en Alberta, en Colombie-Britannique et dans les Territoires du Nord-Ouest. Supposons qu’un groupe se constitue, qu’il fasse une offre, que d’autres offres soient faites, qu’ils aient une partie importante du bail qu’une autre société. Je répète qu’il ne s’agit pas de production, mais uniquement de prospection. M. Affleck ou M. Bertrand définirait-il cela comme un marché?

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Je pense, en effet, pouvoir considérer la prospection conjointe comme un marché, au Canada, mais on pourrait également dire que, dans l’industrie du pétrole et du gaz, il s’agit d’un marché international, car c’est un produit international. Je suppose donc un problème géographique et il faut également savoir s’il y aurait un produit de remplacement pour le pétrole et le gaz. Si vous estimez qu’il s’agit d’une source d’énergie, vous devez également penser aux produits de rem-

[Texte]

seen in the court decisions. Some courts, for example, have looked at Montreal as a market. Other courts have looked at the country of Canada as a market. One of the classic cases—I will take only a moment—is the Dupont case in the United States where they were dealing with monopolization in cellophane, and the question came to the court whether or not the market was all flexible packaging materials or only cellophane. The court in that particular case looked at the interchangeability of the products and said it was a market that involved flexible wrapping material. That is the difficulty, but in your particular situation I would consider the Canadian exploration for oil and gas to be a market.

The Chairman: Mr. De Melto.

• 1230

Mr. De Melto: I think that is correct in the sense that there is an over-all market but it is that over-all market, I think, which would be the market. It would not be a case of saying, for example, that in a particular joint venture dealing with a particular tract of land, that would be a market. The point we were making is that there is much of that activity going on in Canada, and you cannot look at it from the viewpoint of not being a joint venture. It would be a joint venture and in theory it could be considered a merger, depending on how it was structured.

The point we keep coming back to is that simply because something is a joint venture by definition does not mean the bill has anything to say about it. In this particular case, it seems to us fairly clear that in that kind of a situation, although that is a joint venture and therefore could be considered a merger, it is certainly not a merger that lessens competition substantially. The proposed act would not be applied to those kinds of situations, I do not think.

Mr. Munro: I wonder if our principal witnesses are satisfied that there is a high degree of competition in the field of exploration at the moment under existing law, and that there is no requirement for any additional layers or interpretations or amendments to the law in the exploration field. It permits joint ventures, I understand, that are not considered mergers, and practices in restraint of trade in that isolated market of exploration in searching for further resources of either gas or oil.

Mr. Maciej: Mr. Chairman, I would react to that. Certainly we are convinced that competition is at the maximum. We only have to look at the results of Crown sales held periodically in Alberta, British Columbia or Saskatchewan; we have not had any sales in the frontier areas since the moratorium. Certainly they indicate a very high degree of competition. I am somewhat assured, and more assured than I was before, about the definition of the markets. We just have to look across the border, where the market for bidding purposes in the United States in certain instances has been defined as narrowly as we are concerned with. Technology being what it is, and being a very competitive and very essential element in the exploration

[Traduction]

placement, comme l'énergie hydroélectrique. C'est, à mon avis, le problème; on s'en aperçoit dans les décisions rendues par les tribunaux. Certains, par exemple, ont refusé de reconnaître que Montréal représentait un marché. D'autres ont considéré l'ensemble du Canada comme un marché. Je vous cite un exemple classique, cela ne prendra qu'un instant, celui de Dupont, aux États-Unis, où il était question de monopole de la cellophane et où l'on a renvoyé la question aux tribunaux pour déterminer si le marché se limitait à la cellophane ou si cela englobait tous les matériaux d'emballage souple. Dans ce cas particulier, le tribunal a considéré le fait que les produits sont interchangeables et a déclaré que le marché englobait tous les matériaux d'emballage souple. Voilà donc la difficulté mais, dans votre cas particulier, je dirais que la prospection du pétrole et du gaz au Canada représente un marché.

Le président: Monsieur De Melto.

M. De Melto: Cela me semble, en effet, exact, en ce sens qu'il existe un marché global, mais ce serait lui qu'il faudrait considérer. Il ne s'agirait pas de dire, par exemple, que telle entreprise conjointe touchant telle parcelle de terrain représente un marché. Il y a beaucoup d'activités semblables au Canada et l'on ne peut envisager cela en disant qu'il ne s'agit pas d'une entreprise conjointe. Ça en est une et, en théorie, on pourrait la considérer comme une fusion, selon la façon dont elle est structurée.

Nous revenons donc toujours à la même idée, ce n'est pas parce qu'il y a entreprise conjointe, par définition, que le projet de loi s'applique. Dans ce cas particulier, il nous semble très clair que même s'il s'agissait d'une entreprise conjointe et qu'on pourrait ainsi la considérer comme une fusion, ce ne serait certainement pas une fusion qui menacerait sensiblement la concurrence. Le projet de loi ne s'appliquerait pas à ce genre de situation.

M. Munro: Nos témoins principaux sont-ils convaincus que la concurrence est forte à l'heure actuelle, avec la loi actuelle, en matière de prospection, mais qu'il n'est pas nécessaire d'envisager d'autres mesures ou d'autres interprétations ni amendements à la loi pour ce qui est de la prospection? Je crois qu'en effet la loi autorise les entreprises conjointes qui ne sont pas considérées comme des fusions et les pratiques visant à limiter le marché dans ce domaine isolé de la prospection pour trouver d'autres ressources de gaz ou de pétrole.

M. Maciej: Monsieur le président, puis-je répondre? Il est certain que nous sommes convaincus qu'il règne une concurrence maximum. Il nous suffit d'examiner les ventes de la Couronne qui se tiennent périodiquement en Alberta, en Colombie-Britannique ou en Saskatchewan; nous n'avons en aucune vente dans les régions frontalières depuis le moratoire. Cela indique de toute évidence un degré de concurrence élevé. Je suis quelque peu rassuré et, en tout cas, beaucoup plus que tout à l'heure, quant à la définition des marchés. Il nous suffit de regarder le marché des offres, aux États-Unis, qui a quelquefois été défini très étroitement. La technologie étant ce qu'elle est et représentant un élément essentiel et très concur-

[Text]

business, if certain participants in the exploration game were precluded from entering, it might result in the wrong effect.

Mr. Lade: Could I just add something?

The Chairman: Yes, please.

Mr. Lade: Suppose a joint venture as we have here defined it should participate at one of these Crown sales, which are held at frequent intervals in the oil provinces, and be successful in corraling all of the acreage in a particular field, I am concerned with the language of proposed section 31.71(2), which refers to potential competition. Have they in effect removed or lessened potential competition in that market?

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I do not think so in this particular case, since the tender was open to everybody. The fact that you win the bid means you have precluded competition. However, it existed when the bid was called, and that is the important aspect.

The Chairman: So you are really saying it becomes a natural monopoly in that case and not subject to attack.

Mr. Bertrand: That is right.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Munro: There seems to be a vote.

The Chairman: Yes, there does.

Mr. Munro: I would like to carry on because I was just half way through, but I do not know quite how to do it.

The Chairman: I am not too sure how we can do it either. I had some questions I thought needed to be asked as well.

Mr. Lade: We are at your disposal, Mr. Chairman.

The Chairman: Yes, I realize that. The unfortunate part is that we have witnesses stacked up one after the other for the balance of the day and it is hard for us to reconvene. It could be an hour before that vote is completed. We just do not know at this time.

Mr. Philbrook: I would like to ask Mr. Bertrand about his last point. He seemed to suggest that the very fact there was an official bidding to prove that there was competition—and I assume that he means that if there is more than one bidder. In the case of a joint venture, if it turns out that there is only one bidder, this might give an indication that there might be some restrictive competition by all the bidders getting together.

• 1235

The Chairman: That would be an offence in a different way.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I think that would be a bid-rigging situation.

The Chairman: Yes.

Mr. Bertrand: If it developed that the only way to participate, to make a bid, is always to create your own venture with always the same group so that the bid will always end up in

[Translation]

rentiel de la prospection, si certains participants au jeu ne pouvaient se lancer dans la prospection, les répercussions pourraient être graves.

M. Lade: Puis-je ajouter un mot?

Le président: Oui, allez-y!

M. Lade: Supposons qu'une entreprise conjointe, comme nous l'avons définie, participe à une de ces ventes de la Couronne, qui surviennent fréquemment dans les provinces pétrolières et réussisse à s'emparer de toute la superficie de ce champ, l'article 31.71(2) proposé qui porte sur le potentiel concurrentiel m'inquiéterait un peu. Cela supprimerait-il ou amoindrirait-il en fait le potentiel concurrentiel de ce marché?

M. Bertrand: Non, monsieur le président, je ne crois pas dans ce cas, car l'appel d'offres était ouvert à tous. Si vous gagnez, c'est que vous avez éliminé la concurrence. Toutefois, elle existait au moment de l'appel d'offres et c'est ce qui est important.

Le président: Donc, en fait, dans ce cas, ça devient un monopole naturel qui n'a pas lieu d'être attaqué.

M. Bertrand: C'est exact.

Le président: Merci beaucoup.

M. Munro: On dirait qu'il y a un vote.

Le président: Oui, en effet.

M. Munro: J'aimerais bien poursuivre car je n'en suis arrivé qu'à la moitié mais je ne sais pas comment procéder.

Le président: Je ne sais pas non plus comment faire. Je voulais aussi poser d'autres questions.

M. Lade: Nous sommes à votre disposition, monsieur le président.

Le président: Oui, je comprends bien. Malheureusement, nous avons des témoins prévus pour toute la journée et il me serait difficile de trouver un autre moment pour nous réunir. Ce vote peut prendre une heure. Nous ne savons absolument pas encore.

M. Philbrook: J'aimerais demander à M. Bertrand de préciser la dernière observation qu'il vient de faire. Il semble vouloir suggérer que le fait qu'il y avait un appel officiel pour prouver l'existence de la concurrence—et je suppose qu'il veut dire que s'il y a plus qu'un offrant... Dans le cas d'une entreprise conjointe, s'il n'y a qu'un offrant, cela pourrait signaler l'existence de la concurrence restrictive du fait que tous les offrants se sont réunis.

Le président: Cela constituerait une infraction d'une autre manière.

M. Bertrand: Monsieur le président, je crois qu'il s'agirait là d'une situation du tripotage, des invitations.

Le président: Oui.

M. Bertrand: Si la seule façon d'y participer, de faire un appel, est de toujours créer votre propre entreprise, toujours avec le même groupe, pour que les appels restent toujours avec

[Texte]

the same group, you will have a bid-rigging situation. If it is open to everybody, there is no problem.

Mr. Lade: I might add, sir, that under the legislation of the Mines and Minerals Act in the Province of Alberta, they would look at that very carefully as well.

The Chairman: Mr. Munro has the floor.

Mr. Munro: I have one other question. This one concerns the triggering mechanism of the advocate requiring a ruling. Is it done on the initiative of outside evidence or a complaint, or is it initiated by the usual—for lack of a better term—intelligence services of the advocate? This is not clear to me.

Mr. Palmer: My understanding, sir, is that it is by the advocate. That is what initiates an application before the Board. I am sure Mr. Bertrand could better respond to that.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, the source of the initiation, the activities, is spelled out in the act. Either it is the Minister that orders an inquiry or it is six residents that order it.

Mr. Munro: Residents?

Mr. Bertrand: Residents of Canada. Or it is the advocate, who has reason to believe that the act is violated or that there is reason for application to the Commission under part 4.1.

Mr. Munro: Personal or corporate residents?

Mr. Bertrand: It does not make any difference.

The Chairman: They do not have to be residents, do they?

Mr. Bertrand: Yes.

The Chairman: All right. Mr. Munro, may I ask one question?

Mr. Munro: Yes.

The Chairman: Then we will adjourn.

There is a point that you have raised that I do not recall has come before us in any substantive way before which is embodied in your summary, page 3, item 3, dealing with the question of solicitor-client privilege, which I think bears some degree of explanation.

I gather proposed Section 10.1, which is the offensive section in this respect, provides that when documents are seized by the Competition Policy Advocate and the persons from whom it is seized claim solicitor-client privilege, what happens in fact is that the documents are no longer looked at, the case goes before the Federal Court of Canada in an in camera session and a decision is made as to whether that solicitor-client privilege is a legitimate claim or not.

It seems to me, at least on the surface of things, on the face of it, that there is a reasonable degree of protection by pursuit before the court to pursue the concern that you have. I gather that you perhaps really want just an absolute right of solicitor-

[Traduction]

les mêmes personnes, on aurait une situation de tripotage des soumissions. Si les invitations sont ouvertes à tout le monde, il n'y aurait pas de problème.

M. Lade: Je préciserai, monsieur, en vous disant qu'en vertu de la Loi sur les mines et les minéraux dans la province de l'Alberta, on l'étudierait de très près aussi.

Le président: M. Munro a la parole.

M. Munro: J'ai une dernière question. Celle-ci concerne l'effet de déclenchement qui se passe quand l'administrateur exige un jugement. Est-ce que ce jugement est exigé à la suite des témoignages ou des plaintes de l'extérieur, ou est-il incité par faute d'un terme plus adéquat—par des services de renseignements de l'administrateur? Cette situation n'est pas claire dans mon esprit.

M. Palmer: J'ai cru savoir, monsieur, que c'est l'administrateur qui l'exige. C'est cela qui déclenche une demande auprès de la Commission. Je suis certain que M. Bertrand pourrait mieux y répondre.

M. Bertrand: Monsieur le président, l'initiation des activités sont exposées à la loi. La requête est exigée soit par le ministre soit par six résidents.

M. Munro: Des résidents?

M. Bertrand: Des résidents du Canada, ou l'administrateur qui a raison de croire que l'on est allé à l'encontre de la loi ou qu'il y a lieu de faire rapport de certaines activités à la Commission en vertu de l'article 4.1.

M. Munro: Par «résidents», parlez-vous des individus ou des corporations?

M. Bertrand: Cela ne fait pas de différence.

Le président: Il ne faut pas qu'ils soient résident, n'est-ce pas?

M. Bertrand: Oui.

Le président: Très bien. Monsieur Munro, puis-je poser une question?

M. Munro: Oui.

Le président: Ensuite, nous ajournerons.

A la page 3, à l'article 3 de votre résumé, vous avez soulevé un point dont nous n'avons vraiment jamais parlé auparavant et qui porte sur la question de privilège du secret professionnel, qui vaut, à mon avis, une explication quelconque.

J'ai cru comprendre que l'article 10.1 du projet de loi, ce qui vous préoccupe à cet égard, prévoit que lorsque l'administrateur emporte des documents et que les personnes qui semblent en avoir la responsabilité invoquent le privilège du secret professionnel, on arrête l'étude de ces documents, le cas est renvoyé à la Cour fédérale du Canada qui, siégeant à huis clos, se prononce sur le caractère confidentiel dudit document.

Apparemment, il me semble que le droit d'aller devant les tribunaux assure un degré raisonnable de protection. Je suppose que vous réclamez, vraiment, le droit absolu du privilège du secret professionnel et, ainsi, empêcher l'utilisation des

[Text]

client privilege to be claimed and to be permitted and therefore the documents cannot be used. Perhaps you would like to explain that. I have the feeling, on the surface at least, that you are seeking some method by which you just could not proceed to perform the functions of the act itself. Perhaps you might explain that.

Mr. Lade: I would like to ask Mr. Palmer to reply.

The Chairman: Mr. Palmer.

Mr. Palmer: All we are asking is that the present rules of evidence as they apply to solicitor and client privilege not be tampered with by the new legislation. We presently have solicitor-client privilege, and if an item is determined by a proper judge not to be a privileged document, then it goes in and becomes part of the record. We are not concerned at fall with the present law of solicitor-client privilege. We are concerned, Mr. Chairman, that by the mere passage of time the privilege may be lost. For instance, if a document is seized and the person being investigated claims privilege, if the document is sealed and sent to a Federal Court judge and if for some reason the person being investigated is unable to make an application within 10 days to the proper court, then on an ex parte application by the advocate that document would cease to be a privileged document. It would actually lose its privilege.

• 1240

The Chairman: You are concerned about the 10 days? Are you saying it should be more than 10 days and then you would be happy?

Mr. Palmer: I am saying that the present rules of evidence should not be changed; the rules of solicitor-client privilege. There should not be a shifting of onus over to the person being investigated to make a court appearance to establish that his document is a privileged document.

The Chairman: But it seems to me that when you are dealing with the Competition Board you have a little different problem because if the Board itself had the power to make a determination as to solicitor-client privilege, I think you would really have something to complain about.

Mr. Philbrook: Excuse me, Mr. Chairman, should we not check on how long that bell is going to ring?

The Chairman: Yes. I think we must go; I am sorry. I would like to pursue that further but in any event, we have opened the question up and we will have to look at it in greater depth, I am sure.

Thank you very much, gentlemen, for appearing before us. We appreciate your evidence and we will take it into account in our deliberations. Thank you very much.

This meeting is adjourned until 3.30 this afternoon.

[Translation]

documents. Peut-être que vous aimeriez l'expliquer. J'ai l'impression que vous cherchez une méthode selon laquelle vous ne respecteriez pas les fonctions de la loi elle-même. Peut-être que vous pourriez préciser là-dessus.

M. Lade: Je veux demander à M. Palmer d'y répondre.

Le président: Monsieur Palmer.

M. Palmer: Nous demandons simplement que les règlements actuels qui gouvernent les témoignages qui s'appliquent au privilège du secret professionnel ne soit pas modifié en vertu du nouveau projet de loi. Nous respectons, à l'heure actuelle, le privilège du secret professionnel, et si un juge détermine qu'un document n'est pas confidentiel, ceci devient partie du dossier. Le privilège du secret professionnel, en vertu de la loi actuelle, ne nous préoccupe nullement. Nous sommes préoccupés, monsieur le président, par le fait que l'on pourrait perdre ce privilège avec le temps. Par exemple, si un document est saisi et que la personne en question invoque le privilège, si le document est scellé et envoyé à un juge de la Cour fédérale et si, pour une raison quelconque, la personne ne présente pas une requête dans les dix jours aux cours appropriées, ce document, en vertu d'une requête ex parte, présentée par l'administrateur, cessera d'être confidentiel. Le document perdrait, effectivement, son privilège.

Le président: Vous êtes préoccupé par la limite de dix jours? Est-ce que vous dites que si la période est plus longue, vous seriez d'accord?

M. Palmer: Je dis que l'on ne devrait pas changer les règlements actuels qui gouvernent les témoignages, les règlements du privilège du secret professionnel. On ne devrait pas placer le fardeau sur quelqu'un qui fait l'objet d'une enquête de comparaître devant le tribunal pour établir que son document est, en fait, confidentiel.

Le président: Mais, il me semble que lorsque vous parlez de la Commission de la concurrence, il s'agit d'un autre problème, car si la Commission elle-même a le pouvoir de rendre un jugement sur le privilège du secret professionnel, je crois que vous auriez là des raisons valables pour vous plaindre.

M. Philbrook: Excusez-moi, monsieur le président, devrions-nous pas vérifier pour combien de temps la cloche va sonner?

Le président: Oui. Je crois que nous devons partir; je suis désolé. J'aimerais continuer mais, dans tous les cas, nous avons entamé la discussion et il va falloir en parler plus en détail, j'en suis certain.

Merci beaucoup, messieurs, pour avoir comparu devant nous. Nous sommes sensibles à vos témoignages et nous allons en tenir compte lors de nos études. Merci beaucoup.

La séance est levée jusqu'à 15h30.

[Texte]

AFTERNOON SITTING

• 1538

The Chairman: We shall resume consideration of our order of reference relating to the subject matter of Bill C-42, An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof.

We have before us two witnesses. To my immediate right we have Professor W. T. Stanbury who is the Associate Professor of the Faculty of Commerce and Business Administration of the University of British Columbia. To his immediate right we have Dr. D. E. Armstrong, and I am afraid I do not have further details. To his immediate right is Dr. Peter Friesen. We want to welcome you three gentlemen before us today.

I have the subliminal understanding that there may be differing views being expressed by the witnesses, we have here today, and, we do not want to set any limitations. Providing all the exchanges take place between the Chair, we would be very happy to have as many sparks as may want to be demonstrated. Just proceed in your own manner and without too much limitation.

First, I will call on Professor Stanbury who has a brief opening statement and then we will move to Dr. Armstrong and Dr. Friesen.

Professor Stanbury please.

• 1540

Prof. W. T. Stanbury (Associate Professor, Faculty of Commerce and Business Administration, University of British Columbia): Thank you, Mr. Chairman. I should like to thank the Committee for this opportunity to appear and to state my views.

The brief submitted to this Committee was prepared jointly with Professor G. B. Reschenthaler of the University of Alberta. However, my testimony today represents my opinion alone.

At the outset, I should make it clear that I think the objective of competition policy legislation is to advance the broadly-based but often unrepresented public interest. For the most part, the public interest in these matters is effectively that of consumers taken as a whole. In considering Bill C-42, I ask that you keep in mind the words of Adam Smith written over 200 years ago, and he said:

Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer. The maxim is so perfectly self-evident that it would be absurd to attempt to prove it.

But Adam Smith was a true political economist for he shrewdly observed:

In the mercantile system, the interest of the consumer is almost always constantly sacrificed to that of the producer; and it seems to consider production and not con-

[Traduction]

SÉANCE DE L'APRÈS-MIDI

Le président: Nous reprenons l'étude de notre ordre de renvoi concernant le projet de loi C-42, Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois.

Nous avons deux témoins avec nous aujourd'hui. A ma droite, est le professeur W. T. Stanbury, qui est professeur adjoint à la Faculté de commerce et de gestion, à l'Université de Colombie-Britannique. A sa droite, est M. D. E. Armstrong et, je regrette, je n'ai pas d'autres détails à son égard. M. Peter Friesen se trouve immédiatement à sa droite. Nous aimerions accueillir ces trois messieurs devant nous aujourd'hui.

J'ai l'impression que les témoins aujourd'hui vont peut-être exprimer des points de vue différents et l'on ne veut pas établir des délimitations. Pourvu que tous les échanges se font par l'entremise du président, nous serions ravis d'entendre tous les désaccords que l'on veut avancer. Procédez de la façon dont vous l'entendez sans trop vous restreindre.

Je cède d'abord la parole au professeur Stanbury qui désire faire une brève déclaration d'ouverture. Il sera suivi de MM. Armstrong et Friesen.

Professeur Stanbury.

M. W. T. Stanbury (professeur associé, Faculté de commerce et d'administration des affaires, Université de Colombie-Britannique): Je vous remercie, monsieur le président. Je voudrais remercier le Comité également de me donner cette occasion de lui exposer mon point de vue.

Le mémoire présenté au Comité a été préparé en collaboration avec le professeur G. B. Reschenthaler, de l'Université d'Alberta. Les opinions que je serai appelé à donner lors de mon témoignage aujourd'hui sont par ailleurs uniquement les miennes.

Au départ, je tiens à souligner qu'à mon avis, l'objectif des lois sur la concurrence doit être de promouvoir l'intérêt public et, souvent, si mal représenté. Pour la plus grande partie, l'intérêt du public en cette matière est celui des consommateurs pris en tant que groupe. Au cours de votre étude du Bill C-42, je vous engage à tenir compte de ce qu'écrivait Adam Smith, il y a 200 ans:

La consommation est le but unique et ultime de toute production; à ce moment-là, il ne faut tenir compte de l'intérêt du producteur que dans la mesure où il faut promouvoir celui du consommateur. L'énoncé est tellement évident, qu'il serait absurde d'en faire la preuve.

Mais Adam Smith était un véritable économiste politique. C'est ainsi qu'il ajoute fort à propos:

Dans le régime mercantile, l'intérêt du consommateurs est presque toujours sacrifié à celui du producteur; et ce régime considère la production et non pas la consumma-

[Text]

sumption as the ultimate end and object of all industry and commerce . . .

If one reviews the history of Bill C-256, and the stage 1 amendments, one finds that his statement remains true today.

When you come to appraise a particular restraint of trade, I suggest you adopt the following criterion: Does the trade practice in question create a net benefit to consumers taken as a whole? If it does not, it should be struck down regardless of the benefits it bestows on a group of business firms.

I wish to go on record as strongly supporting the proposed legislation. The criticisms I have of Bill C-42, by and large, are that it does not go far enough in attacking undesirable restraints of trade or in ensuring that the benefits of allowable restrictions on competition are passed on to consumers.

I should like to summarize some of the points made in my brief.

First, there is an extremely strong case for an effective merger law on a civil law basis. When one reviews the RTPC reports dealing with zinc oxide, yeast, Vancouver newspapers, Canada Packers, Wilson Boxes, B.C. Propane, cast-iron soil pipe and the discontinued merger inquiries, the ineffectiveness of the present criminal law is manifest. I refer you to pages 91 to 101 of the brief.

The test of the statutory provisions in the Canadian Breweries, B.C. Sugar and K. C. Irving cases all ended in failures for the Crown. In the last case, the Supreme Court ruled that a series of mergers resulting in a monopoly of all the English-language daily newspapers in New Brunswick does not violate the law. I refer you to pages 135 to 197 of the brief.

If one was to follow the logic of the court, Mr. Irving could acquire all the daily papers in Canada so long as he did not raise subscription or advertising rates very much. The law must be changed now.

Secondly, there is no requirement in proposed Section 31.71, unlike the provision of Bill C-256 in 1971, that even part of the efficiency gains be passed on to consumers. I recommend that where a merger would result in a significant lessening of competition and substantial gains in efficiency, that the Competition Board be required to make the approval of the merger conditional upon one or more of the acts indicated in proposed Section 31.71(6) where such a condition would prevent the merger from lessening competition substantially or ensure that a significant proportion of the efficiency gains are obtained by consumers.

Three: there should be provision in the merger section for a combination of registration and preclearance of proposed mergers. Any amendment providing for preclearance should be conditional upon an adequate registration procedure. Yet the lack of any registration provision, the lack of any recognized preclearance provisions, the nature of at least some merger transactions and the risk-averse nature of businessmen will

[Translation]

tion comme le but ultime de toute l'industrie et de tout le commerce . . .

Si l'on fait l'historique du Bill C-256 et de ses amendements à la première étape, on s'aperçoit que ces observations sont vraies encore aujourd'hui.

Lorsqu'il est question de restriction du commerce, il faut, selon moi, examiner les critères suivants: la pratique en question apporte-t-elle des avantages nets aux consommateurs considérés en tant que groupe? Sinon, elle doit être interdite quels que soient ces avantages pour le groupe des entreprises commerciales.

Je tiens à souligner clairement que j'appuie sans réserve le projet de loi. Mes critiques à l'égard du Bill C-42 sont que, de façon générale, il ne fait pas suffisamment pour abolir les barrières indésirables au commerce ou pour faire profiter les consommateurs des restrictions permises à la concurrence.

Je relève brièvement les principaux points que j'indique dans le mémoire.

D'abord, la nécessité s'impose d'avoir une loi efficace sur les fusions dans le Code civil. Lorsqu'on examine les rapports de la Commission des pratiques restrictives du commerce sur l'oxyde de zinc, la levure, les journaux de Vancouver, Canada Packers, Wilson Boxes, B. C. Propane, les tuyaux d'acier, les enquêtes qui n'ont pas eu de suite, l'inefficacité de la loi criminelle actuelle est évidente. J'y fais allusion aux pages 91 à 101 de mon mémoire.

Le test des discussions statutaires dans les cas de Canadian Breweries, B. C. Sugar et K. C. Irving, a échoué pour la Couronne. Et dans le cas plus récent, la Cour suprême a décidé que la série de fusions qui a amené un monopole de tous les quotidiens de langue anglaise de la province, au Nouveau-Brunswick, ne violaient pas la loi. J'y fais allusion plus longuement aux pages 135 à 197 du mémoire.

Selon l'argument de la Cour, M. Irving pourrait faire l'acquisition de tous les quotidiens au Canada à la condition qu'il n'augmente les taux pour les abonnés ou pour la publicité de façon appréciable. La loi doit être modifiée.

Deuxièmement, il n'est plus nécessaire, selon l'article proposé 31.71, comme c'était le cas en vertu des dispositions du Bill C-256, en 1971, de nommer la partie des bénéfices d'efficacité qui revient aux consommateurs. Je recommande, dans les cas où les fusions réduisent de façon importante la concurrence et amènent des bénéfices d'efficacité appréciables, que la Commission de la concurrence soit tenue d'imposer comme conditions, pour que les fusions se réalisent, celles qui sont prévues à l'article proposé 31.71(6) de façon à ce que ces fusions ne puissent réduire la concurrence de façon importante ou de façon à ce qu'une partie importante des bénéfices d'efficacité reviennent aux consommateurs.

Troisièmement, l'article sur les fusions devrait prévoir des modalités d'inscription et d'acceptation préalable relativement aux fusions proposées. Et l'amendement prévoyant l'acceptation préalable devrait établir au départ une procédure d'inscription adéquate. Le fait est que l'absence de dispositions relatives à l'inscription, à l'acceptation préalable, la nature d'au moins certaines fusions et les risques encourus par les

[Texte]

combine to put great pressure on the Advocate to expand the program of compliance in respect to mergers. Under the existing program, the Director of Investigation and Research cannot give a binding clearance, but he can and does indicate that on the basis of the facts placed before him, he would have no reason to commence an inquiry under the Act.

The fundamental problem with a program of compliance is that it is conducted entirely in private. A weak director could "approve" of mergers which could be prohibited or modified. "Getting along with business" by being "practical", in the context of the program of compliance, may result in a failure to uphold the public interest in an effective competition policy.

In addition, we have the problem of an enforcement official acting in something of a judicial capacity. The limits of the law should be properly explored in the courts or before a designated civil tribunal and not in the confines of the Director's office.

• 1545

On the other hand, I recognize the desire of business firms to determine expeditiously whether or not the proposed merger will be challenged.

I therefore propose that mergers involving firms above a certain absolute size in terms of assets or sales, or possessing at least a certain percentage of an economically significant market, be required to register a proposed merger with the Advocate. At the same time, I recommend that the Advocate be required to indicate to the parties to the proposed merger within 60 days of the filing of the registration statement whether or not he will challenge the merger. I envisage that the registration statement will be similar to those filed by firms with the U.S. Federal Trade Commission.

Where the advocate grants a binding pre-clearance for a merger, I recommend that within one month after the merger is either publicly announced or is effective the Advocate be required to make public the registration statement and related documents. These provisions should ensure that the Advocate takes a conscientious approach to mergers.

New proposed Section 31.73 dealing with joint monopolization is a desirable provision, but it does not go far enough in attacking the widespread problem of conscious parallelism in oligopolistic industries. It is argued in some of the business briefs that proposed section 31.73 would result in the regulation of every oligopolistic industry in Canada in which the firms conduct was similar. This is simply not true. Proposed section 31.73 appears to require the existence of three elements before an adverse finding can be made by the Competition Board. The Advocate must show that a small number of firms, not affiliated (i) have achieved or are seeking to achieve substantial control of an industry or market, (ii) they are doing so by the adoption of closely parallel policies or matching conduct, and (iii) that these policies or conduct have the effect

[Traduction]

hommes d'affaires rendra la tâche de l'administrateur très difficile pour ce qui est de l'administration du programme relatif aux fusions. En vertu du programme actuel, le directeur des enquêtes et des recherches ne rend pas de décisions exécutoires au préalable, mais il peut indiquer que, sur la base des faits qui lui ont été rapportés, il n'aurait pas de raison d'instituer une enquête en vertu de la loi.

La principale difficulté en ce qui concerne le programme de soumissions est qu'il est de nature strictement privée. Un administrateur faible peut approuver des fusions qui devraient être interdites ou modifiées. Le fait «de bien s'entendre avec les hommes d'affaires» ou «de se montrer pratique» peut vouloir dire, dans le contexte du programme de soumissions, que l'intérêt public n'est pas défendu lorsque vient le moment d'appliquer une politique concurrentielle efficace.

De plus, le fonctionnaire chargé de faire appliquer la loi est en même temps juge. Les limites de la loi doivent être établies par les tribunaux ou par un tribunal civil spécialement désigné à cette fin et non pas dans le cadre privé d'un bureau d'administrateur.

D'autre part, je comprends que les entreprises commerciales soient désireuses de déterminer rapidement si la fusion proposée sera contestée.

Je propose donc que les fusions entre des sociétés dont les valeurs ou le chiffre de vente est supérieur à un montant absolu, ou possédant un certain pourcentage d'un marché économiquement important, soit tenu d'enregistrer la fusion proposée auprès de l'administrateur. Je recommande également que l'administrateur soit tenu d'indiquer aux parties de la fusion proposée, dans les 60 jours suivant le dépôt de la déclaration d'enregistrement, s'il contestera la fusion ou non. J'imagine que les déclarations d'enregistrement seront semblables à celles que les sociétés déposent auprès de la U.S. Federal Trade Commission.

Lorsque l'administrateur accorde l'autorisation préalable obligatoire dans le cas d'une fusion, je recommande que, dans un délai d'un mois après la publication ou l'entrée en vigueur de la fusion, l'administrateur soit tenu de rendre publique la déclaration d'enregistrement et les documents connexes. Ces dispositions devraient assurer que l'administrateur adoptera une attitude consciencieuse à l'égard des fusions.

Le nouvel article proposé 31.73 portant sur le monopole conjoint est souhaitable mais ne va pas suffisamment loin lorsqu'il attaque le problème répandu du parallélisme conscient dans les industries oligopolistiques. Dans certains des mémoires présentés par les entreprises commerciales, on maintient que l'article proposé 31.73 donnera lieu à la réglementation de chaque industrie oligopole, au Canada, où la conduite de la société est la même. Cela n'est pas vrai. L'article proposé 31.73 semble exiger la présence de trois éléments avant que la Commission de la concurrence puisse prendre une décision défavorable. L'administrateur doit démontrer qu'un petit nombre de sociétés, non affiliées, (i) parviennent à contrôler une industrie ou un marché ou tentent de le faire, (ii) et ce, en adoptant des orientations parallèles ou des comportements

[Text]

of restricting entry, foreclosing a competitor's outlets or sources of supply, eliminating a competitor by predatory pricing, coercing a competitor or restraining economic activity in some other way.

As I read proposed section 31.73(1) all three elements must be present. The most difficult one to prove will be (iii)—evidence of specific adverse economic effects flowing from (i) and (ii). As a result, it will be difficult to get at non-predatory or exclusionary parallel behaviour, but which also has undesirable results.

It is hard to see how proposed section 31.73 could have been used successfully in the recent Canada Cement, Lafarge, Alcan, Armco, Large Lamps, Eastern Sugar cases, described in the brief on pages 42 to 70. As drafted, proposed section 31.73 will not enable the Crown to attack closely parallel behaviour resulting in excess profits, systematic excess capacity or the failure to be efficient in production or distribution, provided no predatory or exclusionary acts occur. I believe the legislation should go further and my approach is set out on pages 75 and 76 of the brief.

You have received numerous requests from firms, trade associations and the Canadian Bar Association to insert provisions in Bill C-42 providing for a full right of appeal to the courts or for a Cabinet review of decisions of the Competition Board. Given the objectives of the bill and the rights of appeal, provided for in Section 28 of the Federal Court Act, I would agree with Skeoch and McDonald when they say that it would risk defeating the entire purpose of the specialized board to permit the courts to substitute their views as to proper judgments concerning facts, market definition or the design of the remedy.

Almost six years ago Dr. David L. McQueen made the same point in discussing Bill C-256 when he said that if appeals to the regular courts were allowed on substantive grounds, "the higher court would be where the real action took place. The board's role would be reduced to that of second guessing the higher court and holding up production by interposing a delaying state."

Although Skeoch and McDonald proposed that orders of the board might be appealed to the Cabinet to effect an over-riding co-ordination of national policies and as a means to resolve raw political questions, I oppose any right of appeal to the Cabinet.

To permit appeals to the Cabinet is to duplicate the situation of the Foreign Investment Review Act procedures in which the pulling and shoving of organized interest groups overwhelms attempts to utilize the analytical expertise of the specialized tribunal. This is not to say that the really big cases coming before the board will not be fraught with political implications or not involve, implicitly at least, important value judgments. But appeal to the Cabinet is almost an express invitation to let the organized special interests pressure Cabi-

[Translation]

semblables et, (iii) que ces orientations ou ces comportements ont pour effet de restreindre l'accès, d'interdire à un concurrent l'accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés d'un produit, d'éliminer un concurrent en fixant des prix abusifs, de forcer un concurrent ou de réduire l'activité économique par d'autres moyens.

D'après mon interprétation de l'article proposé 31.73(1) ces trois éléments doivent être présents. Le plus difficile à prouver sera l'élément (iii) les preuves des faits économiques adverses précis découlant de (i) et (ii). C'est pourquoi il sera également difficile de lutter contre les comportements parallèles et exclusifs qui ne fixent pas un prix abusif mais dont les résultats sont également indésirables.

IL est difficile de voir comment l'article proposé 31.73 aurait pu être utilisé avec succès dans les récentes affaires de Canada Cement, Lafarge, Alcan, Armco, Large Lamps, Eastern Sugar, décrites dans le mémoire aux pages 42 à 70. Sous sa forme actuelle, l'article proposé 31.73 ne pourra permettre à la Couronne d'attaquer de près l'orientation parallèle donnant lieu à des bénéfices excessifs, à une capacité systématique de toucher des bénéfices excessifs ou au manque d'efficacité au niveau de la production ou de la distribution, s'il n'y a aucune fixation de prix abusifs ni de pratique d'exclusion. J'estime que la loi devrait aller plus loin, tel que je l'expose aux pages 75 et 76 du mémoire.

Les sociétés, les associations professionnelles et l'Association canadienne du barreau vous ont fait plusieurs demandes afin d'ajouter au Bill C-42 des dispositions prévoyant un droit d'appel complet aux tribunaux ou un examen des décisions de la Commission de concurrence par le cabinet. Étant donné les objectifs du bill et les droits d'appel prévus à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, je suis d'accord avec Skeoch et McDonald, selon qui on risque de frustrer le but précis de la Commission si l'on permet aux tribunaux de substituer leurs vues à ces décisions au sujet des faits, de la définition du marché ou de la solution.

Il y a presque six ans, M. David L. McQueen a suivi le même raisonnement en discutant du Bill C-256 lorsqu'il a déclaré que si l'on permettait de faire appel aux tribunaux ordinaires pour des raisons indépendantes, «ce serait à la Cour supérieure que se déroulerait l'action. Le rôle de la Commission serait relégué au second plan et ne ferait que retarder la production en s'interposant».

Bien que Skeoch et McDonald proposent qu'il soit possible de faire appel de la décision de la Commission devant le cabinet, qui serait chargé de coordonner les politiques nationales et de résoudre les questions de pure politique, je m'oppose à tout droit d'appel devant le cabinet.

En donnant le droit d'appel devant le cabinet, on ne fait que répéter les modalités prévues par la loi sur l'examen de l'investissement étranger qui permettent aux groupes organisés d'empêcher que l'on ait recours à l'expérience analytique des tribunaux spécialisés. Cela ne veut pas dire que les affaires réellement importantes sur lesquelles devra se pencher la Commission ne seront pas truffées d'implications politiques ni qu'elles ne comporteront pas, implicitement du moins, d'importants jugements de valeur. Mais le droit d'appel devant le

[Texte]

net members to achieve their often narrow objectives. Almost certainly the broadly based consumer interest will not be heard. Appeal to the Cabinet would mean the subordination of the general interest to that of the few.

• 1550

I strongly support the large-scale shift of competition policy legislation from a criminal to a civil law basis. Mergers, monopolization, joint monopolization and a variety of trade practices cannot be appropriately described as crimes, carrying with them the concept of moral reprehensibility. Their desirability or undesirability depends very largely on the economic facts and circumstances of each case.

I also support strongly the creation of an expert specialized administrative tribunal to determine, within the provisions set out in the statute, where the public interest lies in the cases brought before it. The critics of the proposed competition board have an exaggerated respect for the abilities of Canadian judges, and systematically underestimate the ability of a panel of senior lawyers, experienced businessmen and knowledgeable academics to weigh and to assess largely economic facts in the context of quite detailed statutory provisions. I have studied the reported and unreported judgments in combines cases since the first one was handed down in 1897. With a few notable exceptions, Canadian judges have adopted the maxim, "Our lady of the common law is not a professed economist", and have rejected economic and business analysis in their consideration of the cases. Of course, they have been hampered by the structures of the criminal law and by the words of the Combines Investigation Act, but they have shown little imagination in dealing with the substance of the issues placed before them. This is in stark contrast to the United States. The words of Sections 1 and 2 of the Sherman Act have been unchanged since 1890, yet the courts have used these fairly modest tools with remarkable sophistication and appropriateness to the problems at hand.

As to the appropriateness of the courts in this sphere, the critics might do well to consider the opinion of Lord Diplock, once the chairman of the restrictive practices court in the United Kingdom, who said:

Judges are not economists and the judicial process is not suited to determining where the balance of economic advantage lies.

I would add that judges are also not businessmen, who will also be appointed to the board.

In summary, I would agree with Skeoch and McDonald, who, after carefully canvassing the issues, said:

On the whole, a specialized adjudicating body would be in a better position than the regular judiciary to make the judgments required under the laws we propose.

I strongly support the provision for both class and substitute actions as proposed in Bill C-42. My own research on the

[Traduction]

cabinet est presque une invitation explicite à certains groupes intéressés à exercer des pressions sur les membres du cabinet afin d'atteindre leurs objectifs, parfois bien bornés. Il est presque certain que les intérêts beaucoup plus vastes des consommateurs ne seront pas entendus. Le droit d'appel devant le cabinet signifierait la subordination de l'intérêt général dans l'intérêt d'un petit groupe.

J'appuie fortement le transfert important de la Loi sur la concurrence depuis le droit criminel au droit civil. Les fusions, les monopoles, les monopoles conjoints et toute une gamme de pratiques commerciales ne peuvent être décrites comme des crimes, comportant un concept répréhensible. Leur caractère désirable ou indésirable dépend en grande mesure des faits et circonstances économiques de chaque cas.

J'appuie également fermement la création d'un tribunal administratif spécialisé afin de déterminer, aux termes des dispositions de la loi, si l'intérêt public dépend des affaires qu'il examine. Les critiques de la Commission de la concurrence proposée ont un respect exagéré des compétences des juges canadiens et sous-estiment systématiquement l'aptitude d'un jury composé d'avocats compétents, d'hommes d'affaires ayant une grande expérience et d'académiciens bien informés, à soupeser et à évaluer des facteurs, pour la plupart économiques, dans le contexte de dispositions statutaires bien détaillées. J'ai étudié le jugements rendus dans les cas rapportés et non rapportés de coalition depuis le premier qui a été rendu en 1897. Outre quelques exceptions remarquables, les juges canadiens ont adopté la maxime suivante: «Notre dame du droit coutumier n'est pas une économiste avérée» et ils ont rejeté les analyses économiques et commerciales dans l'examen de leurs causes. Évidemment, les dispositions du droit criminel et le libellé de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions les ont gênés, mais ils ont fait preuve de très peu d'imagination en examinant la substance des questions qui leur étaient confiées. Il y a là un contraste frappant avec les États-Unis. Le libellé des articles 1 et 2 de la loi Sherman n'a pas été modifié depuis 1890 et, cependant, les tribunaux ont adapté ces modestes outils de façon remarquable aux problèmes de l'heure.

Pour ce qui est de l'applicabilité des tribunaux dans ce domaine, les critiques feront bien de songer à l'opinion de lord Diplock, autrefois président du tribunal des pratiques restrictives du Royaume-Uni, qui a déclaré:

Les juges ne sont pas des économistes et le processus judiciaire se prête mal lorsqu'il s'agit de déterminer où se situe l'équilibre des avantages économiques.

J'ajouterai en outre que les juges ne sont pas des hommes d'affaires et qu'ils seront nommés à la Commission.

En résumé, je suis d'accord avec Skeoch et McDonald qui, après avoir soigneusement examiné les questions, ont déclaré:

Dans l'ensemble, un groupe d'arbitrage spécialisé serait mieux en mesure que l'ordre judiciaire habituel pour rendre les jugements requis en vertu des lois que nous proposons.

J'appuie fermement les dispositions concernant les actions collectives et indirectes telles que proposées dans le Bill C-42.

[Text]

adequacy of penalties actually imposed under the Combines Investigation Act indicates that they fail to make combines crimes uneconomical. Despite the removal of the ceiling on fines in 1952, the words of Mr. Justice Rand are quite appropriate today. In the Goodyear case in 1956 he said:

the procedure of enforcement by conviction and fine has tended to exhibit a course of things bearing a close likeness to periodic licencing of illegality.

Class and substitute actions are needed to deter competition policy offences.

Although a wide variety of penalties and remedies are available under the Combines Investigation Act, fines have been the most common one invoked. As evidence of the inadequacy of fines, let me review those in conspiracy cases and those related to misleading advertising cases.

Between 1889 and 1910, the average fine per firm in conspiracy cases—and in only one case involving two firms was a conviction obtained—was \$5,000, while that for individuals was \$269. Between 1911 and 1925 there were no successful prosecutions. Between 1926 and 1942, 45 firms in eight cases were fined an average of \$2,722. During the same period, 61 individuals in seven cases were fined an average of \$843. Following seven years in which there were no convictions, we find that the average fine per firm in the nineteen-fifties was \$7,046; the average per individual was only \$564, a decline over the 1926-1942 period.

Although the statutory limit came off in 1952, it was not until 1960 that the largest fine imposed on a corporation rose to \$25,000. In 1966, the largest fine was raised to \$75,000. The average fine per convicted firm rose very little in the nineteen-sixties—to \$7,576. For individuals it was only \$944 and only nine individuals were convicted, compared to 21 in the nineteen-fifties and 61 between 1926 and 1942. The average fine per corporation for a conspiracy offence between 1970 and 1975 was almost double that of the nineteen-sixties, but in absolute terms and in terms of the potential benefits of price fixing, it was rather small—\$13,758. Between 1970 and 1975 no individuals were convicted in a conspiracy case.

Let us look at the fines in misleading advertising cases. For Section 36 cases, the average fine per case was \$229 in 1973 and increased to \$296 in 1975. By almost any measure, these are very small fines. The average fine for Section 37 cases in 1973 was \$1,347, reflecting the fine of \$27,500 imposed in the Benson & Hedges case. In 1974 the average fine was \$1,160 and in 1975 it was \$1,081. The profitability of misleading advertising offences is hard to determine, but given the continuing rise in the number of prosecutions and convictions, it is hard to believe the fines to date have deterred such offences.

[Translation]

Mes propres recherches sur la suffisance des peines imposées en vertu de la Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions indiquent qu'elles ne réussissent pas à rendre les crimes relatifs aux coalitions non rentables. En dépit du retrait du plafond concernant les amendes, en 1952, les propos du juge Rand conviennent tout à fait aujourd'hui. Dans l'affaire Goodyear, en 1956, il a déclaré:

La procédure de l'application, au moyen d'une inculpation et d'une amende, a eu tendance à mettre au jour une série d'actions ressemblant étroitement à l'autorisation périodique de l'illégalité.

Les actions collectives et indirectes sont nécessaires pour empêcher les infractions à la politique sur la concurrence.

Bien qu'une gamme variée de peines et de solutions soient prévues par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, c'est aux amendes qu'on a eu le plus souvent recours. Pour vous donner un exemple de l'insuffisance des peines, permettez-moi de vous citer celles qui ont été imposées dans les cas de conspiration et d'autres qui ont trait à des cas de publicité trompeuse.

Entre 1889 et 1910, l'amende moyenne par société, dans les cas de conspiration—et il y a eu inculpation seulement dans un cas impliquant deux sociétés—se chiffrait à \$5,000, alors que celle des particuliers s'élevait à \$269. Entre 1911 et 1925, aucune poursuite n'a réussi. Entre 1926 et 1942, 45 sociétés, dans huit cas, ont dû payer en moyenne des amendes de \$2,722. Pendant la même période, 61 particuliers dans sept cas, ont dû payer en moyenne \$843. Après sept années pendant lesquelles il n'y a eu aucune inculpation, nous voyons qu'en moyenne, dans les années 50, les amendes des sociétés se chiffraient à \$7,046; la moyenne par individu ne s'élevait qu'à \$564, soit une baisse par rapport à la période entre 1926 et 1942.

Bien que la limite statutaire ait été abolie, en 1952, ce n'est qu'en 1960 que l'amende la plus importante imposée à une société s'élevait à \$25,000. En 1966, l'amende la plus importante se chiffrait à \$75,000. L'amende moyenne par société inculpée a très peu augmenté pendant les années 60; elle a atteint un maximum de \$7,576. Par individu, l'amende ne se chiffrait qu'à \$944, et seulement neuf individus ont été inculpés, comparativement à 21 dans les années 50, et à 61 entre 1926 et 1942. L'amende moyenne par société, dans le cas d'une conspiration, entre 1970 et 1975, était presque le double du montant imposé lors des années 60, mais en termes absolus et en termes de bénéfices possibles de la fixation des prix, elle était relativement faible, soit \$13,758. Entre 1970 et 1975, aucun individu n'a été inculpé dans un cas de conspiration.

Jetons maintenant un coup d'œil sur les amendes imposées dans les cas de publicité trompeuse. Pour les cas en vertu de l'article 36, l'amende moyenne s'élevait à \$229, en 1973, et a augmenté à \$296, en 1975. Quelle que soit la mesure, ces amendes sont plutôt petites. L'amende moyenne imposée dans les causes en vertu de l'article 37 s'élevait à \$1,347, en 1973, si l'on songe que l'amende imposée dans le cas de Benson & Hedges s'élevait à \$27,500. En 1974, l'amende moyenne était de \$1,160 et, en 1975, de \$1,081. L'efficacité des amendes pour la publicité trompeuse est difficile à déterminer mais,

[Texte]

• 1555

Additional deterrence is required; class and substitute actions will provide it.

8. Specialization agreements represent the possibility for the cartelization of domestic industry which, if approved by the Competition Board, would be exempt from competition legislation. I recognize that the primary objective of permitting such agreements is to reduce unit-production costs. However, where the effect of an agreement would be to lessen competition significantly, the Board should require a reduction in tariffs or other irreversible change to ensure that the efficiency gains do come about and to see that at least some of the benefits are passed on to consumers.

9. Proposed sections 32(4), (5) and (5.1) are aimed at liberalizing the exemption for export agreements. It is my view that the Committee should be skeptical of the value of these amendments on two grounds: (1) they may do little to stimulate exports and hence increase employment and output; and (2) to the extent that more export agreements are formed, they may reduce domestic competitiveness. As was noted in the brief:

... it strains the imagination of the consumer to believe that competitors are likely to develop joint plans for exploiting foreign markets without realizing that it could be in their interests to limit competition in the home market.

10. Proposed Section 31.75 will prohibit a single individual holding a position on the Board of Directors of one company and serving either as a manager or on the Board of a competing company if such an interlock is likely to lead to a substantial lessening of competition.

As drafted, this proposed section promises to be ineffectual. As the law does not recognize an obvious potential for abuse, it appears that the Board will have great difficulty identifying those situations where competition is likely to be substantially affected. An interlock will likely be prohibited only following detection of another offence. The Board will require a monopolistic pattern of behaviour or evidence of a formal price-fixing conspiracy in addition to the interlock.

In summary, it is desirable to have this proposed section revised to address some of the problems which we have raised. It is recommended that it be amended to provide that no officer, director or employee of one firm may serve as an officer, director or employee of another firm where a price fixing agreement or any other type of contract between the firms would violate any provision of the Competition Act, or where the combined market shares of the firms exceed 20 per cent, or where one firm is a principal customer of another. It is also recommended that the proposed section should be amend-

[Traduction]

étant donné le nombre croissant d'actions qui sont intentées à ce sujet et de condamnations, il est difficile de conclure à leur efficacité.

Il est donc nécessaire d'avoir recours à des moyens de dissuasion supplémentaire, ce qui sera possible grâce aux poursuites collectives et poursuites de substitution.

8. Les accords de spécialisation constituent une possibilité de cartélisation des entreprises nationales qui, en cas d'approbation par la Commission seraient exemptées de la Loi sur la concurrence. Je reconnais que le principal objectif de ce type d'accord est de réduire les coûts de production unitaires mais, lorsque leur conséquence serait de réduire de manière importante la concurrence, la Commission devrait exiger une diminution des tarifs ou d'autres modification irréversibles, afin d'assurer qu'il y aura vraiment des gains d'efficacité et que certains des bénéfices seront transférés aux consommateurs.

9. Les articles 32(4), (5) et (5.1) sont destinés à libéraliser l'exemption sur les accords à l'exportation. Selon moi, ces propositions sont d'un intérêt douteux, pour deux raisons. Tout d'abord, ils peuvent n'avoir que peu de conséquences sur la stimulation des exportations et, donc, sur l'augmentation de l'emploi et de la production. En outre, ils peuvent entraîner une réduction de la concurrence au Canada même. Comme il est dit dans le mémoire:

... il faudra beaucoup d'imagination au consommateur pour croire que des concurrents sont susceptibles d'élaborer des projets conjoints pour l'exploitation de marchés étrangers sans réaliser qu'ils pourraient également être dans leur intérêt de réduire la concurrence sur le marché national.

10. L'article 31.75 empêchera un particulier, membre du conseil d'administration d'une entreprise et jouant le rôle de directeur ou de membre du conseil d'administration d'une entreprise concurrente, si cela est possible, d'agir pour obtenir une réduction substantielle de la concurrence.

Sous sa forme actuelle, cet article, sera vraisemblablement inefficace. En effet, comme la loi ne reconnaît pas la possibilité évidente d'abus, il semble que la Commission aura beaucoup de mal à déterminer les cas où la concurrence est susceptible d'être substantiellement affectée. Ce type de lien ne pourra être interdit que si l'on a relevé d'autres délits. La Commission devra démontrer qu'il existe, de la part de l'entreprise concernée, un comportement de monopole ou obtenir la preuve qu'il y a eu une conspiration officielle de fixation des prix, en plus de la preuve des liens susmentionnés.

Il serait donc souhaitable que cet article soit modifié pour répondre à ce problème. Nous recommandons que l'on y prévoit qu'aucun agent, administrateur ou employé d'une entreprise ne puisse servir comme agent, administrateur ou employé d'une autre entreprise, lorsqu'un accord de fixation des prix ou tout autre type de contrat entre les deux sociétés pourrait violer une disposition quelconque de la Loi sur la concurrence ou lorsque les parts combinées du marché des entreprises concernées dépassent 20 p. 100 ou lorsqu'une entreprise est le client principal de l'autre. Nous recommandons

[Text]

ed to prevent second-level interlocks where first-level interlocks would be illegal.

11. There is fairly widespread evidence of regulatory failure in Canada today. The studies performed for the Consumer Research Council a few years ago of both federal and provincial regulatory bodies suggest that regulation is being conducted for the benefit of the regulated rather than to protect the public from the exercise of monopoly power. Grubel and Schwindt's recent study of the B.C. Milk Marketing Board indicates that producer-controlled marketing boards have certainly achieved their objective of protecting and raising the incomes of farmers. They estimate that the Board has kept milk prices 7 cents per quart or \$12 million per year in total above that which could be justified in the absence of the Board. The very existence of other than nominal quota prices is indicative of excess returns in the industry.

Direct regulation is necessary on both allocative and distributional grounds in certain cases. However, many regulatory agencies and the firms they regulate often use the existence of a regulatory statute to wipe out all vestiges of competition in the industry. We need to ensure that we have regulation where necessary but competition where possible in regulated industries.

I support the provision of Bill C-42 that would permit the Advocate to intervene in federal regulatory proceedings. I also support the exemption of regulated conduct from the application of certain proposed sections of the act where it is evident that the regulatory agency is actively supervising the activities of those firms within its jurisdiction according to the relevant statutory provisions. Where this is not the case, the Advocate should seek, in the words of the former FCC member, Nicholas Johnson, "new fidelity to the regulatory ideal."

Mr. Chairman, I have raised a number of other points in the brief which time does not permit me to discuss. I will be pleased to answer your questions and those of the Committee.

The Chairman: Thank you very much, Professor Stanbury. I think the Committee members are left with no doubt as to your views with respect to the points you have touched in your opening statements, and we appreciate that clarity very much.

Perhaps, I could seek concurrence of Committee members to attach the brief from both parties to the *Minutes and Proceedings* today. Agreed?

• 1600

Mr. Huntington: It is going to be a very thick volume.

The Chairman: Yes. We have a problem because of the magnitude of these briefs, but it is our custom. I frankly am a little bit concerned about the cost of having to do it, but I do

[Translation]

également que l'article soit amendé pour éviter des liens de second niveau, lorsque ceux de premier niveau sont illégaux.

11. Beaucoup de facteurs montrent que nos pouvoirs de réglementation, au Canada, ont jusqu'à présent été un échec. Des études effectuées par le Conseil de la recherche sur la consommation, il y a quelques années, au sujet d'organismes réglementaires à la fois provinciaux et fédéraux, montrent que la réglementation est généralement élaborée à l'avantage du réglementé plutôt que dans un but de protection du public, à l'égard des pratiques de monopole. Une étude récente de la société *Brubel and Schwindt's* portant sur l'Office de commercialisation du lait de la Colombie-Britannique, indique que les offices de commercialisation contrôlés par les producteurs ont certainement atteint leur objectif de protection et de relèvement des revenus des agriculteurs. D'après cette étude, l'Office a maintenu le prix du lait 7 cents de plus par pinte que ce qu'il aurait été sans l'Office, ce qui représente un total de 12 millions de dollars par an. La seule existence de prix, autres que les prix nominaux de contingents, est la preuve de rendements excessifs dans cette industrie.

La réglementation directe est nécessaire, à la fois pour des raisons de distribution et de répartition, dans certains cas. Toutefois, beaucoup d'organismes réglementaires et d'entreprises ainsi réglementées utilisent les règlements pour faire disparaître tous les vestiges de concurrence dans l'industrie concernée. Nous devons donc nous assurer que nous avons des règlements lorsqu'ils sont nécessaires, mais que la concurrence reste possible dans ces industries.

J'approuve les dispositions du Bill C-42 qui permettraient à l'administrateur d'intervenir dans les procédures réglementaires fédérales. J'approuve également que l'on exempte la conduite réglementée de l'application de certains articles de la loi, lorsqu'il est évident que l'organisme réglementaire exerce un contrôle actif de la conduite des entreprises qui relèvent de sa compétence, conformément aux dispositions pertinentes des règlements. Lorsque cela n'est pas le cas, l'administrateur devrait s'efforcer, pour reprendre les termes d'un ancien membre du CCF, Nicholas Johnson, de retrouver «une nouvelle fidélité à l'idéal réglementaire».

Mon mémoire monsieur le président, traite de plusieurs autres sujets, que je n'aurai pas le temps de discuter ici. Je serai donc ravi de répondre à vos questions.

Le président: Merci beaucoup, professeur Stanbury. Je crois que les membres du Comité ont parfaitement compris vos opinions et je puis vous dire que nous vous remercions pour votre clarté.

Je demanderais aux membres du Comité s'ils sont d'accord pour que l'on joigne le mémoire des deux témoins au procès verbal de la séance d'aujourd'hui. D'accord?

M. Huntington: Ce sera un numéro très épais.

Le président: Certes, mais nous devons respecter notre pratique habituelle. Je dois dire que je m'inquiète un peu des coûts que cela va entraîner mais je ne pense pas que nous devrions faire une exception pour cette raison.

[Texte]

not think that we should make an exception in spite of that concern. Including the appendices, I would presume.

Some hon. Members: Agreed.

The Chairman: Also, before introducing Dr. Armstrong, I have three documents in front of me that were inadvertently left out of the brief and appear to be an essential element of the brief from Professor Stanbury, and I would ask that they be distributed to the members so that they can insert them into the brief themselves.

Now, may I now take this opportunity to introduce Dr. Armstrong. Dr. Armstrong.

Dr. D. E. Armstrong (Faculty of Management, McGill University): That was a tough act to follow, and if I had any opening remarks prepared I am not going to use them now.

I would like to first of all to thank you for inviting me here. I have something to say and I think it is quite important. On behalf of Dr. Friesen and myself we look forward to exchanging views with you.

I would like also to say that I am on the side of the angels too. I like to see consumers prosper. I am on the side of economists and I would like to say that Bill and I share a vested interest here. If you pass the Bill as it is proposed then we are going to have full employment for the rest of our lives and that takes care of us.

The differences I think between Bill and myself and between the parts of the bill, the parts of the legislation that I disagree with, the difference between my view and the view of the people who wrote these sections, particularly like the proposed Section 31.72, is that we live in different worlds. We have different views of reality.

I work in the business world and at a business school, and businessmen are not ogres. I believe that if one followed the logic of the arguments that the previous witness has expressed or that are implied in statements by the officials of the department, then the world should have certain characteristics. The profits should be rising as a percentage of invested capital not falling. The products should be deteriorating; the rich should be getting richer; the poor should be getting poorer, and so on and so on. And when I look at the world I do not find these things. In fact I find the reverse.

More specifically, there is one key issue here which is more important I think than any of the others, and my colleague, Dr. Friesen will speak on that. That is that if this power exists, which we presume, then surely the people who possess the power, the businessmen, are in some way exploiting it. Those who have the power should be making themselves better off. And as we will see, the evidence the concentrated industries are more profitable for the reason that they have monopolistic power is simply not persuasive, not conclusive. In fact it does not prove that collusive power is an important factor in the world. But I will leave that point to Dr. Friesen.

I would like to do at least a few minutes advertising for my paper because I really would like you to read it before you

[Traduction]

Des voix: D'accord.

Le président: Avant de présenter M. Armstrong, j'ai sous les yeux trois documents qui avaient été laissés hors du mémoire, par inadvertance, et qui semblent en être des éléments essentiels. J'aimerais qu'ils soient distribués aux membres du Comité, afin qu'ils puissent les joindre eux-mêmes à leurs exemplaires du mémoire.

Je donne maintenant la parole à M. Armstrong.

M. D. E. Armstrong (Faculty of Management, Université McGill): Du fait de la qualité de ce qui vient d'être dit, je n'utiliserai pas les remarques préliminaires que j'avais préparées.

Je vous remercie d'abord de m'avoir invité à donner mon témoignage qui, je le crois, est très important. M. Friesen et moi-même seront très heureux de répondre à vos questions, après la présentation de mon mémoire.

J'aime à croire que je me retrouve moi-même du bon côté de la barrière, c'est-à-dire du côté de la protection des consommateurs. Cependant, je suis également du côté des économistes et j'aimerais pouvoir dire que Bill et moi-même partageons le même intérêt, dans ce domaine. Si vous adoptez ce projet de loi dans son libellé actuel, il est certain que nous aurons du travail jusqu'à la fin de nos jours, ce qui règle notre propre situation.

Les différences que je perçois entre Bill et moi-même, ainsi qu'entre le législateur et moi-même, concernent essentiellement l'article 31.72 et viennent du fait que nous vivons dans des mondes différents, car nous avons une idée différente de la réalité.

Je travaille dans le monde des affaires, dans une école d'administration des affaires, et je puis vous dire que les hommes d'affaires ne sont pas des ogres. Si l'on suit la logique des arguments avancés par le témoin précédent ainsi que par les hauts fonctionnaires du ministère, on perçoit certaines caractéristiques évidentes du monde actuel. Ainsi, les profits augmentent, en pourcentage du capital investi, et ne diminuent pas. Les produits se détériorent, les riches deviennent plus riches, les pauvres plus pauvres, etc. Or, lorsque j'examine le monde tel qu'il existe, je vois exactement le contraire.

Plus précisément, il y a ici un problème qui est plus important que les autres, dont parlera mon collègue M. Friesen. Il s'agit du fait que si ce pouvoir existe, ce que nous présumons, les gens qui en disposent, c'est-à-dire les hommes d'affaires, s'en servent. Eux, tout au moins, devraient donc se trouver dans une meilleure situation. Or, rien ne permet de conclure avec certitude que les entreprises concentrées sont plus profitables du fait de leur pouvoir de monopole. En fait, rien ne prouve même que ce pouvoir constitue un facteur important dans le monde actuel. Je laisserai cependant M. Friesen vous en parler.

Pour ma part, j'aimerais faire un peu de réclame pour mon propre mémoire, car j'aimerais que vous le lisiez avant de

[Text]

make a decision. I deal with concentration. You can skip that because by now you already know that. I have taken some trouble to spell out in detail the obvious beliefs of the people who have sponsored the bill about concentration: concentration reduces choice; competition decreases as concentration increases; concentration produces excessive profits and so on. The key element there is the relationship that is presumed between concentration and competition.

I then go on at some length starting on page 8 to discuss what concentration ratios really measure. They do not measure what we think they measure at all, they measure something quite different and I discuss this in terms of my father's business in Alberta because he operated in a highly concentrated market. And by the way, I am glad you are putting this into civil law and not into the criminal code because under proposed Section 31.73 you would have no trouble putting my father in jail although he never agreed with anybody, including his sons.

• 1605

The subsequent sections of my brief deal with the various aspects of competition and their relation to concentration. And of course there is only one issue on which there is a *prima facie* case, I think, that concentration or oligopoly or bigness is bad, and that is on independence. If that was an important point then it should show up in profitability, and it does not.

The next point which I cover is a division of the economic pie, a further test. I suggest you look at that carefully, starting on page 33, to ascertain whether this is a Parkinson's Law problem, whether concentration increasing as a problem in Canada. It should show up some place, if this is a problem. I suggest if you look at the world, not what people think about the world, but look at the numbers, you will find that the facts of the economy do not suggest that there is an enormous amount of power in the hands of businessmen. The government has just released a study which shows how the increase in prices can be attributed to various sectors, and it certainly does not suggest that there is any significant amount of power in the hands of business.

I would like you to think about this law. This law is an enormous increase in government intervention in the economy, particularly on 31.73, and I just pick that up as an example. I would find no difficulty, if I were working in the bureau, in bringing action against any oligopoly under 31.73 where there is a reasonable similarity of product. This joint monopolization turns out to be conscious parallelism. Any businessman with an I.Q. above two or three is going to be consciously parallel. They are going to adopt parallel policies. They have to. That is what competition is all about. Restrict entry into a market? If they lower price, that could restrict entry into the market. If they coerce a competitor, what does that mean? If you have a price war, that war, that is coercing a lot of people. And anybody who is the victim of a price war will say, "I was coerced." In my father's time, as a merchant in a small town in the West, something like 30 of his competitors went bank-

[Translation]

prendre votre décision. J'y traite essentiellement de la concentration des entreprises mais vous avez déjà deviné que j'ai fait des efforts considérables pour expliquer en détail les croyances évidentes des gens qui ont produit ce projet de loi, à savoir que la concentration restreint le choix, que la concurrence diminue à mesure que la concentration augmente, que la concentration produit des profits excessifs, etc. L'élément fondamental semble donc être le rapport qui est censé exister entre la concentration et la concurrence.

Dans une seconde partie, qui commence à la page 8, je discute de ce que mesurent réellement les ratios de concentration. En effet, ils ne mesurent pas ce que nous croyons mais quelque chose de tout à fait différent, que j'explique en prenant comme exemple l'entreprise de mon père, en Alberta, qui se trouvait dans un marché hautement concentré. Je voudrais d'ailleurs dire que je suis ravi qu'il s'agisse ici de droit civil et non pas du Code criminel car, aux termes de l'article 31.73, vous n'auriez aucun mal à mettre mon père en prison, bien qu'il ne se soit jamais mis d'accord avec personne, y compris ses fils.

Les parties suivantes de mon mémoire traitent des divers aspects de la concurrence et de leur rapport avec la concentration. J'affirme qu'il n'y a qu'un seul domaine dans lequel il est manifestement évident que la concentration ou les oligopolies soient néfastes, c'est celui de l'indépendance. Cependant, si c'est là un point important, il devrait se retrouver dans les taux de rentabilité, ce qui n'est pas le cas.

Ensuite, j'examine la division du gâteau économique et je vous recommande de lire avec attention le texte commençant à la page 33, pour évaluer s'il s'agit là d'un problème relevant de la loi de Parkinson, c'est-à-dire s'il est vrai que la concentration constitue un problème croissant au Canada. Si c'était le cas, on devrait le voir apparaître quelque part. Or, si l'on examine la situation actuelle, et non pas simplement ce que les gens en pensent, on constate que rien ne prouve que les hommes d'affaires disposent de pouvoirs énormes. Le gouvernement vient juste de publier une étude montrant que l'augmentation des prix peut être attribuée à divers secteurs mais n'indiquant certainement pas un accroissement significatif du pouvoir des hommes d'affaires.

J'aimerais vous faire réfléchir sur ce projet de loi, qui représente une augmentation énorme de l'intervention gouvernementale dans le secteur économique, surtout dans le cadre de l'article 31.73, que je prendrai comme exemple. Si je travaillais pour l'administrateur, je n'aurais aucun mal à intenter des poursuites contre n'importe quel oligopole, aux termes de cet article, lorsqu'il y a une similitude raisonnable de produits. Cette monopolisation conjointe constitue en fait un parallélisme conscient. Tout homme d'affaires tant soit peu intelligent agira de cette manière, en toute conscience. En effet, les hommes d'affaires sont obligés d'adopter des politiques parallèles, ce qui est précisément l'objectif de la concurrence. Cela constitue-t-il cependant des restrictions à l'entrée sur le marché? S'ils font baisser les prix, certes. Cependant, que signifient les coercitions à l'égard d'un concurrent? S'il y a une guerre des prix, il y a une coercition. Quiconque est victime d'une

[*Texte*]

rupt. I am sure a lot of them thought they were coerced and punished by my father's sales, just because they had a sale. 31.73 is just opening the door for an enormous amount of litigation, which I shall be happy to take part in, and I hope profitably. But it is a terrible piece of legislation.

Mr. Lambert (Edmonton West): It is Good for lawyers.

Mr. Armstrong: No, no, I hope economists will be participating, not lawyers.

Mr. Lambert (Edmonton West): You said it was better for economists?

Mr. Armstrong: You have to get the lawyers out of this racket. Of course we thought that was going to happen the last time. I can remember in 1950 the economists in the country being all excited because this Restricted Trade Practices Commission was going to come in. Cast your mind back to that. Remember that this was going to be a real economics staff. This was not going to be a lot of lawyers getting into the act and making all the money, this was going to be real economic analyses. It did not turn out that way at all. Just more of the same.

I would like to make one recommendation very, very strongly, and this I think you have to say is on the side of the angels. If nothing else I say catches on, I would like this one really to catch on. I would like the foreword to the legislation elaborated and extended to include words which have this effect . . .

The Chairman: Are you talking about the preamble?

Mr. Armstrong: The preamble, I am sorry. At the end you could say—and I am reading from page 39:

... which take into account the multi-dimensional nature of products and of competition, the important role of imports, the potential entry of new firms, the existence of interindustry rivalry, and the overriding importance of performance.

That would go a long way in meeting my objections.

The Chairman: Thank you very much, Professor Armstrong. Now we would like to hear from Professor Friesen.

• 1610

M. Peter Friesen (Faculty of Management, McGill University): I would like to add a few points to what Dr. Armstrong said. I helped write an appendix to his submission, and that is on the subject of industrial concentration and profitability. People are worried that firms in concentrated industries are likely to be more profitable, and if they are likely to be more profitable, that this is almost certainly going to be because of collusion. This is the sort of idea one gets. Probably no one could say that there is one picture, or one integrated model of an economy, that economists can use that will serve all purposes. Economists have a way of thinking that serves them, rather than a particular picture of the world, and when

[*Traduction*]

guerre des prix dira: «J'ai été victime de coercition». Du temps de mon père, qui était commerçant dans une petite ville de l'Ouest, une trentaine de ses concurrents ont fait faillite. Je suis sûr que beaucoup d'entre eux estimaient avoir été victimes de coercition et avoir été punis par les braderies de mon père. L'article 31.73 ouvre la porte à toutes sortes de poursuites en justice, auxquelles je serais toutefois ravi de participer, contre rémunération. Bref, il s'agit là d'une mesure législative mal conçue.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Sauf pour les avocats.

M. Armstrong: Mais non, j'espère que ce seront les économistes qui seront appelés à participer, pas les avocats.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Comment cela?

M. Armstrong: Il faut garder les avocats en dehors de cette foire d'empoigne. Évidemment, nous pensions que c'était ce qui arriverait la dernière fois et je me souviens qu'en 1950 les économistes du pays étaient tous très excités par la création de la Commission des pratiques restrictives du commerce. Souvenez-vous, on croyait que cette commission allait engager beaucoup d'économistes. Il allait s'agir d'analyses économiques concrètes et non pas simplement des joutes oratoires d'avocats. Ce n'est pas du tout ce qui est arrivé, comme nous avons pu le constater.

Je voudrais donc faire une recommandation, avec la plus grande fermeté, afin que si vous oubliez tout ce que je vous ai dit, au moins ceci vous reste. J'aimerais proposer que la préface du projet de loi soit mise au point pour comprendre des mots ayant pour conséquence . . .

Le président: Parlez-vous du préambule?

M. Armstrong: C'est cela, veuillez m'excuser. A la fin, vous pourriez dire . . . je lis à la page 39:

... en prenant en considération la nature multi-dimensionnelle des produits et de la concurrence, le rôle important des importations, la probabilité de fondation de nouvelles entreprises, l'existence de rivalités inter-industries et l'importance absolue de la réussite.

Ces quelques mots feraient beaucoup pour répondre à mes objections.

Le président: Merci beaucoup, professeur Armstrong. Je donne maintenant la parole au professeur Friesen.

M. Peter Friesen (Faculty of Management, Université McGill): J'aimerais ajouter quelques observations à ce qu'a dit M. Armstrong, car j'ai participé à la rédaction d'une annexe à son mémoire, portant sur la concentration industrielle et la rentabilité. En effet, beaucoup de gens sont préoccupés par le fait que les entreprises des industries concentrées sont susceptibles d'être plus rentables, ce qui, selon eux, n'est certainement possible que par des pratiques de collusion. Évidemment, il n'existe aucun modèle économique qui puisse répondre à tous les besoins. Les économistes pensent donc en fonction de leurs propres objectifs, plutôt que selon un modèle spécifique du monde et, lorsque des objectifs ou des aspects différents de

[Text]

different purposes or different aspects of the economy are to be analysed, different models have to be used.

There is a model of economic life where no industry and no firm should ever make any extra profits, that is profits over those needed to pay the cost of capital. However, this is not the model that should be used when considering making a law to regulate competition. The effects of uncertainty and innovation in an economy need to be taken into this case. The appendix to this brief elaborates on these effects of uncertainty and innovation. But basically it says that even under intense competition, there will be above-normal profits from these effects, although not necessarily much above-normal and then only in some industries. The above-normal profits will happen a little more often in industries with large firms than in others. This sort of industry is also more likely to be concentrated than another. This is exactly what empirical studies have found. The extra profits are small, and they happen a little more often in concentrated industries than in others. Neither the empirical studies nor the idea of competition in a risky and innovative world show that the joint occurrence of concentration and extra profit is anything to worry about for consumers, for businessmen, or for politicians.

Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Thank you very much, Professor Friesen. We will now open this Committee to questioning. The first name I have on my list is Mr. Lambert—is he on the telephone? Mr. McCain.

Mr. Huntington: I can go, I am just trying to give you fellows time.

Mr. McCain: You are very generous.

The Chairman: Generosity is so unusual, that everybody is surprised around here. Proceed Mr. Huntington.

Mr. Huntington: I guess those of us from the world of work and the street are kind of over-awed with these two very important briefs from the world of academia. I will probably direct this to Dr. Armstrong and Dr. Friesen. Dr. Friesen has just given us a deliberation on the word "profits", on which society today seems to place a stigma and put into a very difficult context. I was raised, and have always worked, to treat profits as a new resource. The preamble of the bill talks about the nation's resources. It seems to me that one of the undesirable pressures over-regulation has on our business community today is the pressure it has put on profits, which you need for the development of new economies of scale and the implementation of new technology, which gives us some of the efficiencies we have. One of the members from the Canadian Bar Association, or one of the visitors we had from there, shared some of my concern about the preamble of the bill. He wondered where the word "profit" was in the preamble. Have

[Translation]

l'économie doivent être analysés, ils doivent faire appel à des modèles différents.

Il y a un modèle de la vie économique dans lequel aucune industrie, aucune entreprise, ne devrait jamais faire de bénéfices extraordinaires, c'est-à-dire des bénéfices supplémentaires à ceux qui sont nécessaires pour payer le coût du capital. Cependant, ce n'est pas ce modèle que l'on doit utiliser lorsqu'on envisage d'adopter une loi pour réglementer la concurrence. Les conséquences de l'incertitude et de l'innovation doivent être en effet prises en considération dans ce genre de cas. L'annexe au mémoire donne des précisions sur ces conséquences de l'incertitude et de l'innovation. Essentiellement, nous y indiquons que même dans un milieu de concurrence très intense, il y aura des profits supplémentaires à la normale, du fait de ces effets, bien qu'ils ne seront pas nécessairement beaucoup plus élevés que la normale et bien qu'ils ne toucheront que certaines des entreprises en cause. Les profits supérieurs à la normale se retrouveront un peu plus souvent dans les industries où il y a des grandes entreprises, plutôt que dans les autres. Ce genre d'industrie est donc plus susceptible d'être concentré qu'un autre. C'est exactement ce qu'ont pu révéler des études empiriques du sujet. Les profits extraordinaires sont limités et se retrouvent un peu plus souvent dans les industries concentrées que dans les autres. Ni les études empiriques, ni l'idée de la concurrence dans un monde basé sur le risque et l'innovation montrent que l'existence conjointe de la concentration et d'un profit extraordinaire doit constituer une préoccupation pour les consommateurs, les hommes d'affaires ou les hommes politiques.

Merci, monsieur le président.

Le président: Merci, professeur Friesen. Nous allons maintenant passer aux questions. Le premier nom sur ma liste est celui de M. Lambert. Est-il au téléphone? Monsieur McCain.

M. Huntington: Je peux prendre la parole mais j'essaie simplement de donner du temps aux autres.

M. McCain: Quelle générosité!

Le président: La générosité est tellement rare que tout le monde en est surpris. Allez-y, monsieur Huntington.

M. Huntington: Je crois que les gens ordinaires que nous sommes sont un peu éberlués devant ces deux mémoires très importants, de la plume d'universitaires renommés. M. Friesen vient juste de nous faire un cours sur le «profit», que la société semble rejeter de plus en plus. Pour ma part, on m'a toujours appris à considérer les profits comme étant une nouvelle ressource et c'est toujours sur cette base que j'ai opéré. Le préambule du projet de loi parle des ressources de la nation et il me semble que l'une des pressions indésirables de l'excès de réglementation, sur nos entreprises, est précisément constituée par la pression qui s'exerce sur les profits, qui sont cependant nécessaires pour l'obtention de nouvelles économies d'échelles ou pour l'utilisation de nouvelles techniques, qui sont sources d'efficacité. L'un des membres de l'Association canadienne du Barreau, si je ne me trompe, partageait certaines de mes préoccupations au sujet de ce préambule. Il se demandait pourquoi le mot «profit» y figurait. Je voudrais donc vous

[Texte]

you drawn any conclusions as to what type of society we are leading into with this preamble, given the importance that the Minister of the department has placed on it, given the fact that they feel that Bill C-42 is going to lead us out of some of the problems society has today? Are we going into a regulated society? It certainly does not look as if we are going into a freer society and a more profit-oriented society.

• 1615

Mr. Armstrong: What disturbs me is that I feel the bill is taking us into a regulated society because there is virtually no industry that could not be attacked at some time or other under this bill. Now, if there were evidence that that was necessary, if there were evidence that the profits were getting out of hand, that would be one thing. I am thinking of profits as an indicator in the classical sense of rip-off, as an example of people in a monopolistic position, and one of the indicators that an economist would use for a misallocation of resources in a classical sense, if he has learned his price theory well, he would say, if one industry is too profitable and maintains that profit over a very long period, therefore there must be rip-off, therefore there must be collusion, therefore there must be bad practice. Now, that is really the nub of the argument.

If that argument falls, that is to say if it cannot be shown that oligopolies and concentrated industries make abnormal profits over a long period of time, then I beg to submit that the whole basis for bringing in a new and stronger competition bill falls.

There are not abnormal profits in the system. They tend to equality over time. The extra profits made by concentrated industries are very modest and there is a very good reason for them. They tend to be associated with scale and size and innovation . . .

The Chairman: Excuse me, Professor Stanbury would like to make a comment if that is agreeable? Proceed.

Professor Stanbury: When you talk about excess profits, let us take the sugar industry as a case in point. If you look at the record as published by the Tariff Board in 1971, you find that the sugar industry, which is a homogeneous product, highly concentrated, with a low rate of innovation, experienced a rate of profits 50 per cent above the average for all manufacturing industries over at least half a dozen years. Now, I think that is a sufficiently long term to attract some new entries.

Is it not also true in that particular industry that the major producers systematically attempted to exclude the new entry in the form of Cartier, at least if you can believe the statements and some of the evidence provided by Robin Austin on that point? So that is the kind of thing I am concerned about and that is the kind of thing that this bill is directed to.

I would like to make a ringing endorsement for profits. It is the grease for the wheels of the great free-enterprise system. The question is whether the profits are in excess of that required to call forth the means of production to get the job

[Traduction]

demander si vous avez tiré des conclusions quelconques quant au type de société que suggère ce préambule, étant donné l'importance qu'attache le ministre? Allons-nous entrer dans une société réglementée et le Bill C-42 va-t-il nous débarrasser de tous les problèmes auxquels notre société fait face aujourd'hui? Cela ne semble certes pas nous conduire vers une société plus libre et plus orientée vers le profit.

M. Armstrong: Ce qui me trouble c'est que j'ai l'impression que le projet de loi nous entraîne vers une société réglementée, car il n'y a pratiquement aucune entreprise qui ne pourra être attaquée, à un moment ou à un autre, en vertu de ces dispositions. Si on pouvait nous prouver que c'est nécessaire et que les profits sont absolument démesurés, je serais peut-être d'accord. Je songe ici aux profits indiquant une exploitation classique du marché, du fait de pratiques monopolistes. L'un des indicateurs que pourrait utiliser un économiste pour conclure qu'il y a mauvaise répartition des ressources, dans un sens classique, s'il a bien appris sa théorie des prix, serait de dire que si une industrie est trop rentable, pendant trop longtemps, c'est parce qu'il y a exploitation, donc il doit y avoir collusion, donc il doit y avoir pratiques répréhensibles. Voilà en fait le point essentiel de tout cet argument.

Par contre, si l'on ne peut montrer que les oligopoles et les industries concentrées font des profits anormaux, sur une certaine période de temps, j'estime que l'introduction d'un nouveau projet de loi sur la concurrence, plus sévère que le précédent, n'est plus justifiée.

En fait, il n'y a pas de profits anormaux dans le système. Ils tendent à s'égaliser, au cours des années. Les profits extraordinaires réalisés par des industries concentrées sont très modestes et sont généralement très justifiés. Ils tendent à provenir des économies d'échelle, des innovations . . .

Le président: Veuillez m'excuser, le professeur Stanbury aimerait faire une observation.

M. Stanbury: Si l'on veut parler de profits excessifs, prenons le cas de l'industrie du sucre. Les chiffres publiés par la Commission du tarif, en 1971, montrent que l'industrie du sucre, qui est hautement concentrée, avec un faible taux d'innovations, a connu un taux de profits de 50 p. 100 supérieur à la moyenne de toutes les industries manufacturières, pendant au moins une demi-douzaine d'années. Or, cela me paraît être un délai suffisamment long pour attirer de nouvelles entreprises.

N'est-il cependant pas vrai que dans ce secteur particulier, les principaux producteurs se sont systématiquement efforcés d'interdire la fondation de nouvelles entreprises, en créant une sorte de cartel, si l'on peut en croire les déclarations et témoignages de Robin Austin? Voilà donc ce qui m'inquiète et ce à quoi devrait s'attaquer ce projet de loi.

En fait, je n'ai rien à reprocher à l'appât des profits. Ce sont eux qui graissent les moyeux des roues de notre fantastique système de libre entreprise. La question est de savoir si les profits sont excessifs par rapport à ceux qui sont nécessaires

[Text]

done. Profits are not an end; they are a means. They are a lure and an attraction.

Mr. Huntington: Are they not a resource?

Mr. Lambert (Edmonton West): Mr. Chairman, could Professor Stanbury explain, in the newspaper publishing industry today, why the concentration on one newspaper per city in our major cities in Canada and the United States? They make good profits—damn good profits—but there is no way that you are going to induce anybody else to get in there. The profits are not big enough to substantiate the very high capitalization, and also, may I say, the work force that is required to put in competition. You can write 100 Bill C-42s and you will not get a second newspaper in the City of Edmonton, for instance.

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, could I reply? I will submit to Bill and to anyone else who is interested, my own study of the profits of the sugar industry. And you will find by our study that, over a period of 13 years, the profit rates made by the eastern sugar industry were absolutely what you would predict on the basis of risk premium, like-kind-of-business, and everything else. We ran three tests of the sugar industry and I would say that tariff study is a lot of nonsense. It just is not what we found when we looked at the profits of that sugar industry.

You talked about their attempts to keep out Mr. Austin. That is a long story.

Professor Stanbury: You acknowledge that there were attempts done?

• 1620

Mr. Armstrong: No, there were no attempts. What the evidence boils down to . . .

Mr. Lambert (Edmonton West): Not viable.

Mr. Armstrong: That is right. I do not think we should get in to discuss Mr. Austin, because as a witness he was something of an embarrassment to the Crown. The most damaging thing that was said about Mr. Austin was that one witness, one of the sugar companies, is reported to have said in a letter to somebody else, "Anybody who deals with that, blank, blank, blank, does not deal with me", a fact that was not recognized in the real world. Somebody did buy or continue to buy from this supplier. There was no substance to it. He blasts off like that. The view that people get of competition in business, particularly when they are in this field is, let me suggest, a very biased sample of what businessmen say. You get the Mounties moving in, they lock up the filing cabinets, they take out all the juicy bits and they are the things that get into the court and they are things that get into the newspapers, and it is no wonder that people who study competition have a rather dim view of businessmen. I would like to do the same thing with government departments, move in with the Mounties and seal off all the cases and take out the juicy bits and put them in the newspaper. We might have a different view of all sorts of institutions if we approached it that way. We do not get an

[Translation]

pour réaliser certains objectifs. Les profits ne sont pas une fin en tant que telle mais simplement un moyen. Ils constituent à la fois un attrait et un appât.

M. Huntington: Ne constituent-ils pas une ressource?

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Le professeur Stanbury pourrait-il nous expliquer pourquoi on assiste aujourd'hui, dans l'industrie de la presse écrite, à une concentration aboutissant à un seul journal par ville, dans les principales villes du Canada et des États-Unis? Ils font de plantureux bénéfices, c'est le moins que l'on puisse dire, mais personne ne semble être disposé à se lancer dans ce genre d'activité. Les profits ne sont sans doute pas suffisants pour justifier les capitaux de lancement très élevés qui sont nécessaires ou pour obtenir la main-d'œuvre requise. Vous pourrez donc écrire 100 Bills C-42, cela ne créera pas un deuxième journal à Edmonton.

M. Armstrong: Puis-je répondre, monsieur le président? Pour quiconque est intéressé, je pourrais produire ma propre étude des profits dans l'industrie du sucre. Vous y constaterez que, sur une période de 13 ans, les taux de profits ont tout à fait correspondu à ce que l'on aurait pu prévoir sur la base de la prime de risques, du même type d'entreprise, et de tous les autres facteurs pouvant être pris en considération. Nous avons effectué trois séries de tests et je dois dire que l'étude du tarif est absolument ridicule. En effet, ses conclusions n'ont absolument rien à voir avec celles auxquelles nous sommes arrivés nous-mêmes.

Vous avez parlé de leurs tentatives de monopoliser le secteur, monsieur Austin, et c'est une longue histoire.

M. Stanbury: Vous reconnaissez cependant qu'il y a eu des tentatives?

M. Armstrong: Non, il n'y a pas eu de tentatives. Ce que l'on a pu constater . . .

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Ce n'était pas viable.

M. Armstrong: Je ne pense pas que nous devrions discuter du point de vue de M. Austin qui a créé un certain embarras pour la Couronne. Disons simplement que l'un des témoins, c'est-à-dire une sucrerie, est censé avoir dit dans une lettre à quelqu'un d'autre: «Quiconque fait affaire avec ce (qualificatif supprimé) ne fera pas affaire avec moi». Par contre, quelqu'un a continué à acheter de ce fournisseur et il n'y a donc absolument pas de preuve. En fait, les gens qui s'intéressent au problème de la concurrence dans les entreprises obtiennent des échantillons très peu représentatifs des propos des hommes d'affaires. La police fait des perquisitions, saisit des dossiers, en retient tous les éléments sensationnels qui sont ce que l'on retrouve pendant le procès et dans les journaux. Il n'est donc pas surprenant que les gens qui étudient la concurrence ont une opinion assez peu flatteuse des hommes d'affaires. J'aimerais cependant pouvoir faire la même chose avec les ministères fédéraux, c'est-à-dire pouvoir saisir leurs dossiers et en publier les éléments sensationnels dans les journaux. Si vous agissiez de la sorte, vous auriez certainement un point de vue tout à fait différent de toutes sortes d'institutions. Ce que l'on connaît n'est donc certainement pas représentatif de l'ensemble.

[Texte]

honest sample of what businessmen say or do or think or anything else.

Mr. Affleck: But that is true, surely, Dr. Armstrong, of the Criminal Code too. If you have studied the Criminal Code you do not get the view of what all Canadians do, that there are people who are stealing and killing. Here, in my view at least, we are trying to centre in on certain problems, not look at every individual situation in the economy, and the sections that you are dealing with do take into account efficiencies and are directed solely at exclusionary type practices.

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I want to say three quick things. One, is that Mounties do not move in and seal up files. That is a lot of crap. Secondly . . .

Mr. Huntington: That could get you into trouble, that word.

Mr. Davidson: The preamble to the Bill does perhaps put tremendous emphasis on profit. It talks about the purpose of the legislation and of this policy:

the creation and maintenance of a flexible, adaptable and dynamic Canadian economy that will facilitate the movement of talents and resources in response to market incentives,

Market incentives. The other word for that is profit. And that is what the whole objective of this legislation is; to encourage the movement of resources and talent in response to market incentives, untrammelled by artificial restraints. Now that is the fundamental purpose of the legislation.

The third point I want to make is that Professor Armstrong's brief relies upon an interpretation of the views of the Bureau of Competition policy, which interpretation is categorically wrong. Thank you, Mr. Chairman.

Mr. Huntington: Mr. Chairman.

The Chairman: Yes, Mr. Huntington, you do have the floor.

Mr. Huntington: Mr. Davidson has given me the opening I have been looking for for quite a while, that profits are in, and you have said:

. . . will facilitate the movement of talents and resources in response to market incentives,

Then why, Mr. Chairman, is organized labour not brought under C-42?

If you look at the figures of net national income from 1968-69 through to 1975-76, you will find that that part of our gross national product that is available for wages and profit has moved from 68 per cent back in 1969, available for wages and profit, net national income, and profits were at 14 per cent. That has now swung to where wages and income are 73 per cent and profits are down to 11 per cent. And we have this swing that keeps affecting us. We have got a pressure on profits, which to me is a resource. It is a new form of

[Traduction]

M. Affleck: Mais vous pourriez fort bien dire la même chose du Code criminel, monsieur Armstrong. Si vous avez étudié le Code criminel, vous n'obtenez certainement pas une vue correcte de ce que font les Canadiens, puisque vous vous intéressez uniquement aux voleurs et aux assassins. Ici, selon moi, on s'efforce au moins de s'intéresser à certains problèmes précis, sans vouloir envisager toute situation pouvant se retrouver dans notre économie. Les articles dont vous traitez portent sur le problème de l'efficacité et s'intéressent uniquement aux pratiques restrictives.

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Je voudrais faire trois brèves remarques, monsieur le président. Tout d'abord, la police ne fait pas de perquisitions et ne place pas de dossiers sous scellés. C'est de la foutaise. Deuxièmement . . .

M. Huntington: Vous pourriez avoir des ennuis avec des mots pareils.

M. Davidson: Le préambule du projet de loi insiste peut-être fortement sur le profit mais parle également des objectifs de la loi et de cette politique:

. . . une économie canadienne flexible et dynamique qui facilite la mobilité des compétences et des ressources en fonction des incitations émanant du marché . . .

C'est une autre manière de parler des profits. Voilà donc le simple objectif de cette loi, qui est d'encourager la mobilité des ressources et des compétences en fonction des incitations émanant du marché, sans restrictions artificielles.

Ma troisième remarque sera que le mémoire du professeur Armstrong se base sur une interprétation diamétralement opposée à la politique du bureau de la concurrence. Merci, monsieur le président.

M. Huntington: Monsieur le président.

Le président: C'est vous qui avez la parole, monsieur Huntington.

M. Huntington: M. Davidson vient de me donner l'argument que je cherchais depuis longtemps. En effet, vous avez dit:

. . . facilite la mobilité des compétences et des ressources en fonction des incitations émanant du marché . . .

Pourquoi, dans ce cas, les syndicats ne sont-ils pas soumis au bill C-42?

Si on examine les chiffres du revenu national net depuis 1968, on constate que la part de notre produit national brut qui va aux salaires était de 68 p. 100 en 1969 et celle qui va aux profits était de 14 p. 100. Aujourd'hui, nous en sommes à 73 p. 100 et 11 p. 100, respectivement. C'est précisément cette évolution qui est néfaste. Elle exerce des pressions sur les bénéfices, qui sont pour moi une ressource. Il s'agit d'une nouvelle forme de capital national que nous semblons être de moins en moins capables de produire, par rapport à d'autres

[Text]

home-grown capital that we seem unable to produce in Canada competitively with other parts of the world, so we have to keep bringing in capital, and then we look at our international balance of payments and we see the earnings of the country being sent out either to pay back the principal borrowed from abroad or pay back the rent on it. And it is a very serious factor in our international balance of payments right now and in our deficits.

• 1625

So how can we leave out segments of the economy? I am sympathetic to regulated industries being brought in under a bill providing it is all brought under. How can we leave important aspects of the economy out if we are going to get it at all and if that is where profits come into it in the preamble? If we are going into a profit-oriented society, then we must have some kind of say on the monopoly forces that affect that. Do we not?

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, the bill does make clear that union activity is not completely excluded. The only union activity that is excluded is activity that is reasonably necessary for the protection of the position of workmen as such workmen. But so far as the collective bargaining process itself is concerned, it is clear that that process leaves room for abuse. That is clear. But the government's position has been that the place to correct any such abuse is in labour legislation, not in combines legislation.

Mr. Huntington: On the other hand, the place to correct these other abuses is perhaps in the legislation affecting business and industry. I do not know how you can leave one serious major aspect of the marketplace out of the considerations in a preamble like this if, in fact, that is where it is included, profit-oriented society.

The Chairman: Do our witnesses wish to make comment? Professor Armstrong.

Mr. Armstrong: Whether the Mounties or somebody else moves in and seals up the file, I should think is immaterial. I will watch my language more carefully.

It is true you have profits in the preamble but you also have quoted the Economic Council with approval, I assume. According to the Council, the ability to maintain high profits over long periods of time is a sign that something is amiss in the efficiency of resource use. I think that is part of the rationale you have built in.

I have quoted officials of the Department, not extensively...

Mr. Davidson: Selectively, Mr. Chairman.

Mr. Armstrong: Selectively. I would suggest that if I have taken this out of context, you read the testimony of Robert Bertrand before the Bryce Commission, for example. I really find it very hard to believe that I have not done justice to their views. In the summary I have simply paraphrased it, but I did not need to do that. I could have taken a paragraph which says

[Translation]

pays, ce qui nous oblige à importer sans cesse du capital étranger. De ce fait, une analyse de notre balance des paiements nous montre que les gains de notre pays sont de plus en plus renvoyés à l'étranger soit pour rembourser les emprunts, soit pour payer des intérêts. Et c'est un facteur très important actuellement de notre balance internationale des paiements et de nos déficits.

Comment pouvons-nous alors exempter certains secteurs de l'économie? Je veux bien que les industries réglementées relèvent d'un projet de loi à condition que tous les secteurs en relèvent. Comment peut-on exempter les aspects importants de l'économie alors que dans le préambule même, il est dit que pour parvenir à nos fins, il faut tout englober? Si l'objectif de notre société doit être le profit, il nous faut alors avoir certains pouvoirs sur les forces monopolistiques qui la composent? N'est-ce pas?

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Monsieur le président, il est clair dans le projet de loi que les activités syndicales ne sont pas totalement exemptées. La seule activité syndicale qui ne soit pas couverte par la loi est celle qui est nécessaire, dans une mesure raisonnable, pour assurer la protection des travailleurs. Mais pour ce qui est du processus de négociation collective, il est clair que ce processus permet les abus. Or, le gouvernement a toujours soutenu que l'endroit pour remédier à ces abus était la législation du travail et non pas la législation sur les coalitions.

M. Huntington: Oui, mais il n'en reste pas moins, que l'endroit pour remédier à ces autres abus est peut-être la législation couvrant le commerce et l'industrie. Je ne vois pas comment on peut ignorer un aspect très important du marché dans un tel préambule si tant est que là est bien sa place.

Le président: Un de nos témoins voudrait-il dire quelque chose? Professor Armstrong.

M. Armstrong: Que les gendarmes ou quelqu'un d'autre décide de mettre des dossiers sous scellés me paraît secondaire. Je pèserai mieux mes mots.

Il est vrai que le préambule parle de profits mais vous avez également cité le Conseil économique avec approbation, je suppose. Selon le Conseil, pouvoir maintenir de gros profits pendant de longues périodes est le signe d'une utilisation à mauvais escient des ressources. C'est une partie du raisonnement suivi.

J'ai cité des fonctionnaires du ministère, mais pas tous...

M. Davidson: Il a fait un choix, monsieur le président.

M. Armstrong: J'ai fait un choix. Au cas où vous me reprochiez ces citations hors contexte, je vous prie de lire le témoignage de Robert Bertrand devant la Commission Bryce, par exemple. Je ne vois pas comment on peut me reprocher d'avoir été partial. Dans le résumé, je n'ai fait que paraphraser leur point de vue, mais c'était inutile. J'aurais pu citer un

[Texte]

essentially the same thing. I do not think I have misquoted the officials of the department.

By the way, it is a view most economists had ten years ago. It is a view a lot of economists have today, that there is this relationship and a bad relationship, which is a bad thing, between concentration and profit rates. So it is not unusual to find it, and I assume that it is the theoretical underpinning for the new policy.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I really must protest about that because the quotations Professor Armstrong has in his brief are selective. They misrepresent the submission that the bureau made to the Royal Commission. They misrepresent what was said in the study that was done by the bureau on concentration.

One year ago, almost to this day, I was on a panel with Professor Armstrong in Quebec City in which he made the same statements. At that time I made it clear that the bureau does not take the the simplistic view about concentration that is attributed to the bureau in the submission.

What the bureau says is that concentrated industries are industries in which the dangers of anticompetitive abuse are greater than they are in industries where the abuses are harder to develop. That is what we have been saying from the start of these hearings before this Committee.

• 1630

Mr. Huntington: Mr. Chairman, on that very point then, where does the takeover or the attempted takeover, and the continuing, ongoing takeover of Argus by Power Corporation, fit in, particularly with the chain of media that is involved?

Mr. Davidson: Mr. Chairman, one of the reasons the government referred the Argus-Power situation to a royal commission is that if the merger had been effected, it would have been what is known as a conglomerate merger largely, and there is not very satisfactory analysis of the impact of large conglomerates on the economy. Large conglomerates may produce some things that are advantageous to society; they may create things that are dangerous for society. However, the analysis is not very extensive or reliable, and so the idea was to get a royal commission review of that issue.

Mr. Huntington: Mr. Chairman, if you look at the potential oligopoly that would be involved in that merger over the media—newspaper, television and radio from New Brunswick all the way through to the Ottawa Valley—do you mean to tell me this is not concentration with unbelievable market effect? Not only market effect, but political effect and psychological effect in everything? Is that not removing competition and putting it into concentrated ownership?

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I think there were not many markets in which the media, which the organizations controlled, were in competition with each other. But it is a matter of serious concern; there is no question about that. It is a matter of serious concern when you link up the communications across a broad part of the country. There is no question

[Traduction]

paragraphe énonçant la même chose en substance. Je ne pense pas avoir déformé les propos des fonctionnaires du ministère.

D'ailleurs, c'est un point de vue que la plupart des économistes partageaient il y a 10 ans. Beaucoup d'économistes encore aujourd'hui estiment qu'il y a une relation de cause à effet, une mauvaise relation entre la concentration et les marges de profit. Ce n'est donc pas quelque chose d'extraordinaire, et je suppose que c'est la pierre angulaire théorique de la nouvelle politique.

M. Davidson: Monsieur le président, je me dois absolument de protester car les citations contenues dans le mémoire du professeur Armstrong sont très sélectives. Elles présentent sous un faux jour le mémoire du Bureau adressé à la Commission royale. Elles dénaturent le contenu de l'étude faite par le Bureau sur les concentrations.

Il y a un an presque jour pour jour, j'ai participé à un colloque avec le professeur Armstrong à Québec où il a tenu les mêmes propos. Je lui avais alors précisé que le Bureau n'adoptait pas la position simpliste concernant les concentrations attribuées au Bureau dans le mémoire.

Selon le Bureau, les industries concentrées sont des industries chez lesquelles les risques d'infractions à la Loi de la concurrence sont plus grands que chez les autres. C'est ce que nous n'avons cessé de dire depuis le début des audiences de ce comité.

M. Huntington: Monsieur le président, justement à ce sujet, que dire alors de l'acquisition, ou plutôt, de la tentative d'acquisition d'Argus par la Power Corporation, notamment dans le domaine des médias?

M. Davidson: Monsieur le président, une des raisons pour lesquelles le gouvernement a saisi une commission royale de cette affaire est que si la fusion avait eu lieu, il y aurait eu ce qu'on appelle création d'un consortium, et l'incidence de ces grands consortiums sur l'économie n'a pas été suffisamment étudiée. Les grands consortiums peuvent présenter des avantages pour la société mais également des dangers. Nous n'avons pas suffisamment de données dans ce domaine, et c'est la raison pour laquelle on a pensé à confier l'étude de cette question à une commission royale.

M. Huntington: Monsieur le président, malgré l'oligopole pratiquement certain que constituerait cette fusion des journaux, de la télévision et de la radio du Nouveau-Brunswick jusqu'à la vallée des Outaouais, voudriez-vous prétendre que ce n'est pas une concentration avec des conséquences incroyables sur le marché? Non seulement des conséquences sur le marché, mais des conséquences politiques et psychologiques surtout. N'est-ce pas un cas typique de suppression de la concurrence et de constitution d'un monopole?

M. Davidson: Monsieur le président, il n'y avait pas de nombreux marchés où les médias étant sous la coupe de ces organisations étaient en concurrence les uns avec les autres. C'est bien inquiétant, cela ne fait aucun doute. Avant d'autoriser la fusion des moyens de communication dans une grande partie du pays, il faut sérieusement réfléchir. Cela ne fait

[Text]

about that. When you get away from analysing competition in a particular market, which is what competition policy generally concerns itself with, the consequences for society are not nearly as clear, and it was to obtain some additional advice about what the government should do in the area of conglomerate mergers that the royal commission was set up.

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, I think we just have to leave the jury to read the submission and see if I have misquoted it. I think it is fairly clear: Increased concentration in Canadian industry reduces the benefit. Not "is likely to" or "may"; it reduces the benefits which are expected and so on.

Let us take it that what really was intended here, although it does not say it, is that there is increased probability. If there is a significant increased possibility or probability that this happens, which is worth legislating, it should show up in the numbers, it should show up in the statistics, and it does not. Ten years ago we thought it did, because a lot of economists took simple-minded, two-variant analysis, concentration profit, and what do you know; there was a weak relationship. That confirmed the position, and a lot of self-respecting intelligent economists said, "Aha, that confirms our price theory model. There is this relationship." As you extend the period, as you extend the variables, as you take into account the other dimensions, it disappears; it becomes nonsignificant. That, I think, allows me to say that even given the interpretation, what was meant here is not that concentration does this but that it just produces the probability, and if that probability is significant it has to show up in the numbers. It has not.

The Chairman: Professor Stanbury, I think, wants to make a comment, and also our legal counsel. Then I might even take a shot at it myself.

Mr. Lambert (Edmonton West): Mr. Chairman, you are an extension of Mr. Speaker.

The Chairman: Yes, but in a different forum and in a different way. Anyway, we will not debate that. There are ample precedents for the intervention of the Chair from time to time, particularly in this Committee.

Mr. Huntington: At the end of round one.

An hon. Member: Norman Cafik is the only guy who did it.

The Chairman: Proceed.

• 1635

Mr. Stanbury: Mr. Chairman, the Armstrong brief categorizes a fair amount of empirical evidence on this subject, and he stated the hypothesis. What I find interesting is that he failed to quote one of the more important studies, which reviews much more evidence than he was able to garner. This is a study by Leonard Weiss of a number of countries, in which he reviewed 146 papers by economists, which would make a horse choke. But let me quote from it:

[Translation]

aucun doute. Lorsqu'on s'écarte de l'analyse de la concurrence dans un secteur particulier du marché, tâche essentielle des responsables de la politique sur la concurrence, les conséquences pour la société ne sont pas aussi évidentes, et c'est dans le but d'obtenir des avis supplémentaires sur l'attitude à adopter par le gouvernement en matière de création de consortiums que la commission royale a été créée.

M. Armstrong: Monsieur le président, c'est au jury de décider en lisant ce mémoire si j'en ai dénaturé le contenu. A mon avis, c'est tout à fait clair: Une augmentation de la concentration des sociétés dans l'industrie canadienne est un facteur de réduction des profits. On ne dit pas que c'est susceptible de ou que cela peut les réduire, mais que c'est un facteur de réduction des profits escomptés, etc.

Supposons qu'on ait voulu dire, bien que cela ne soit pas clair du tout, que cela accroît les probabilités. S'il y a augmentation importante des possibilités ou des probabilités, et alors il peut être justifié de légiférer, cela devrait se traduire dans les chiffres, dans les statistiques; or, il n'en est rien. Il y a 10 ans c'est ce que nous croyions, car beaucoup d'économistes avaient soumis la concentration des profits à une analyse très simpliste à deux variables leur donnant le résultat qu'ils voulaient. Beaucoup d'économistes sûrs d'eux-mêmes se sont exclamés que cela confirmait leur modèle de théorie des prix. Mais plus vous prolongez la période, plus vous donnez de champ aux variables, en tenant compte des autres dimensions, plus cela disparaît, plus cela devient insignifiant. Cela me permet donc de dire étant donné cette interprétation, que ce qu'on entendait ici ce n'était pas que la concentration avait cet effet mais qu'elle était simplement responsable de cette probabilité et que si cette probabilité était importante, elle devait se traduire dans les chiffres. Tel n'est pas le cas.

Le président: Je crois que le professeur Stanbury veut faire une remarque ainsi que notre conseiller juridique. J'aurai peut-être moi-même quelque chose à dire ensuite.

M. Lambert (Edmonton-Ouest): Monsieur le président, votre rôle est le même que celui de l'Orateur.

Le président: Oui, mais il s'agit d'une tribune différente. Nous ne débattons pas cela. Le nombre de précédents justifiant l'intervention occasionnelle du président sont nombreux, notamment dans ce comité.

M. Huntington: A la fin du premier tour.

Une voix: Norman Cafik est le seul à l'avoir fait.

Le président: Allez-y.

M. Stanbury: Monsieur le président, le mémoire de M. Armstrong contient un véritable catalogue de preuves empiriques à ce sujet qui lui ont permis de bâtir cette hypothèse. Ce que je trouve intéressant c'est qu'il n'ait pas cité une des études les plus importantes, qui passe en revue beaucoup plus de preuves qu'il n'a pu en rassembler. Il s'agit de l'étude de Leonard Weiss portant sur un certain nombre de pays et analysant 146 documents d'économistes qui étoufferaient un cheval. Je vais vous en citer un passage:

[Texte]

To summarize, the theory of the dominant firm unequivocally points to high prices and suggests high profit rates for dominant firms. Our associated oligopoly theories are more equivocal in their details, but all of them that have not been discarded point to higher margins in concentrated industries once more. Our massive effort to test these predictions has by and large supported them for normal years such as the period 1953 and 1967, though the concentration profits relationship is weakened or made and disappear completely in periods of accelerating inflation or directly following such periods. By and large the relationship holds up for Britain, Canada and Japan, as well as in the United States. In general the data have confirmed the relationship predicted by theory even though the data are very imperfect and almost certainly biased towards zero the relationship.

Mr. Huntington: And 10 years old.

Prof. Stanbury: No, most of that is not 10 years old, I am sorry, sir.

The Chairman: Now we have Professor Freisen who wants to comment, and our legal counsel. First of all, Mr. Affleck.

Mr. Affleck: Mr. Chairman, I am boggled by this citing of profits as such, because while I am not an economist, and do not pretend to be, I was always of the view that those figures really did not prove very much, that one could submerge one's profits in other activities, by expansion or some other type of endeavour. I wonder if Dr. Armstrong could comment on that. Why when we look just at figures and ratios does that prove anything about a concentrated industry? Somebody could be making excessive or high profits, if you like, but those figures would not be obvious because they are funnelling moneys off so they do not show up in the bottom line.

The Chairman: Professor Armstrong.

Mr. Armstrong: There is two points to that. You can hide profits for a while, but you cannot hide them for very long. You are fairly flexible in moving profits from one year to the next, but they have got to go somewhere; they have to go to dividends or they have to go somewhere.

Mr. Affleck: Well if I was General Motors and I wanted to hide—to take your words some profits, could I not in year one tool a new line for a particular automobile, and in year two another one, and in year three another one, and then in the fourth year I drop the first one and tool another one?

Mr. Armstrong: Well at some time the profits are going to catch up.

On another point, it is argued and stated in this book that even if you take the correlations you still do not know what they prove, that is to say, that it does not demonstrate collusion, it could just as easily prove a higher rate of innovation, efficiency.

[Traduction]

En résumé, la théorie de la firme dominante indique sans équivoque la tendance aux prix élevés et suggère des taux de profit élevés pour les firmes dominantes. Nos théories sur les oligopoles associés sont plus équivoques au niveau des détails, mais toutes celles qui n'ont pas été rejetées indiquent que la tendance a des marges plus élevées encore une fois dans les industries concentrées. Nos analyses nous ont prouvé la véracité de cette théorie pendant les années normales comme en 1953 et en 1967, malgré que ce rapport des concentrations de profits s'affaiblisse ou disparaisse totalement pendant les périodes de forte inflation ou pendant les périodes qui les suivent immédiatement. En gros, ce rapport est juste pour la Grande-Bretagne, le Canada et le Japon ainsi que pour les États-Unis. D'une manière générale les chiffres ont confirmé ce que la théorie avait avancé même si les données sont très imparfaites et tendent presque toujours à ramener d'une manière partielle ce rapport à zéro.

M. Huntington: Et ces données sont vieilles de dix ans.

M. Stanbury: Non, je m'excuse, monsieur, mais la plupart de ces données n'ont pas dix ans.

Le président: Le professeur Friesen et notre conseiller juridique aimeraient faire une remarque. Tout d'abord, monsieur Affleck.

M. Affleck: Monsieur le président, ces citations de profits me laissent perplexe, car bien que n'étant pas économiste, et ne le prétendant pas, j'avais toujours cru que ces chiffres ne prouvaient pas vraiment grand chose, qu'on pouvait toujours investir ses profits dans d'autres activités, dans l'expansion, par exemple. J'aimerais connaître le point de vue de M. Armstrong à ce sujet. Comment le simple examen de chiffres et de rapports peut-il prouver quoi que ce soit au sujet d'une industrie concentrée? On peut très bien faire des profits excessifs ou élevés, mais cela n'est pas évident car les moyens de les réinjecter ailleurs sont tels qu'ils ne figurent nulle part.

Le président: Professeur Armstrong.

M. Armstrong: Il y a deux points. On peut dissimuler les profits pendant un certain temps mais on ne peut le faire pendant bien longtemps. Il est assez facile de faire passer les profits d'une année sur l'autre, mais il faut qu'ils aillent quelque part; il faut qu'ils figurent dans les dividendes ou qu'ils aillent quelque part.

M. Affleck: Si j'étais la *General Motors* et si je voulais dissimuler... pour reprendre votre expression... certains profits, ne pourrais-je pas la première année prévoir une nouvelle série d'automobiles, la deuxième année une autre, la troisième année une autre et la quatrième mettre fin à la production de la première et en produire une autre?

M. Armstrong: A un moment ou un autre les profits ne seront plus dissimulables.

Deuxièmement, il est dit dans ce livre que même si on examine les corrélations on ne sait toujours pas ce qu'elles prouvent, c'est-à-dire, que cela ne démontre pas qu'il y ait collusion, cela peut tout aussi bien être la preuve d'un certain taux d'innovation, d'efficacité supérieure.

[Text]

The Chairman: Dr. Friesen.

Mr. Friesen: This paper has been quoted in our appendix and ...

Prof. Stanbury: Not that particular passage.

Mr. Friesen: Well no, not that particular passage because we thought it was not significant, and the reason is that Mr. Weiss is talking about a lot of bivariate studies which say that there is a correlation between profit rates and concentration, which we never denied. The correlation is extremely weak, the amount of extra return in concentrated profits is very small, and the thing is there are many papers also which do not find it, and when more variables are taken into account, other than just concentration of profit, there is a great deal of multicollinearity among the independent variables, and the regression coefficients are entirely unreliable. I think a person who reads this literature and just forms his own conclusion about it can only say that the case is far from proven. When one sinks back to just a bivariate relationship between profits and concentration, there are good reasons for expecting a weak positive correlation just among those two variables.

• 1640

Professor Stanbury: More than 100 of the 146 studies cited in Weiss's article deal with multivariate cases. But I wish to go on and answer Mr. Affleck's point about how to hide profit. The greatest concern that I have about oligopoly power is not excess profits, which is a transfer between groups in the economy. That does not worry me terribly. What does worry me is the potential, and in fact I think the demonstrated, inefficiency, or potential for inefficiency, in those industries. One has merely to walk into the banks in downtown Toronto to observe the edifice complex in the hiding of some of the profits of the market power of those institutions. It is ex-inefficiency, use the phrase, that one wants to be concerned about. Whether they adopt the best technology, whether they produce at the lowest possible cost, that is much more important from society's point of view than whether or not there is one or two points higher on the rate of return.

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: I just wanted to ask a question that is probably a selfish one and I hope the members will excuse me. Last evening I was looking at this paper, Dr. Armstrong, and I certainly was very interested. I guess I misled you by saying I did not have any economic training, but it was a long time ago and that is not my profession. I did look at an article by Professor Wilson who is at the University of Toronto and one by a professor from Harvard. Could I, at any future time, follow your theory? Have you published this work that we have been presented or any similar work anywhere else in the literature?

Mr. Armstrong: The first part, the submission, Mr. Chairman, is coming out in the form of a book, I hope within a few months. It deals specifically with competition and the dimensions of competition.

[Translation]

Le président: Monsieur Friesen.

M. Friesen: Nous citons ce document dans notre appendice et ...

M. Stanbury: Vous ne citez pas ce passage-là.

M. Friesen: Non, pas ce passage-là car nous avons pensé qu'il n'était pas important, tout simplement parce que M. Weiss parle de tout un tas d'études à deux variables démontrant qu'il y a une relation de causes à effets entre les taux de profits et la concentration, ce que nous n'avons jamais nié. La corrélation est extrêmement minime, la somme de revenus supplémentaires au niveau des profits concentrés est très petite, et il existe de nombreuses études dans lesquelles les constatations sont opposées, et lorsqu'on tient compte d'un nombre supérieur de variables, de variables autres que la simple concentration de profits, il y a beaucoup de multicollinéarités dans les variables indépendantes, et les coefficients de régression ne sont absolument pas fiables. Celui qui lit ces documents ne peut en conclure de lui-même que le cas est loin d'être prouvé. Lorsqu'on établit une simple relation bivariable entre les profits et la concentration, il est tout à fait raisonnable d'escompter une corrélation positive faible uniquement entre ces deux variables.

M. Stanbury: Plus de 100 des 146 études citées dans l'article du professeur Weiss portent sur des cas à variables multiples. Mais j'aimerais poursuivre et répondre à l'argument de M. Affleck quant aux possibilités de dissimulation des profits. Ma plus grande inquiétude en matière d'oligopoles n'est pas les profits excessifs qui ne sont qu'un transfert entre groupes de l'économie. Cela ne m'inquiète pas énormément. Ce qui m'inquiète ce sont les possibilités, et en fait c'est une réalité, d'inefficience, ou de l'inefficacité potentielle de ces industries. Il suffit d'entrer dans les banques du centre-ville de Toronto pour le constater. C'est cela qui doit nous préoccuper. Que ces institutions optent pour la meilleure technologie ou qu'elles produisent un prix de revient le plus inférieur possible importe beaucoup plus à la société qu'un supplément de un ou deux points dans les taux de profits.

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Je voulais simplement poser une question, probablement égoïste, et j'espère que les députés m'en excuseront. J'ai étudié ce document hier soir, monsieur Armstrong, et il m'a vivement intéressé. Je vous ai peut-être induit en erreur en vous disant que je n'avais pas de formation économique, mais c'était il y a longtemps et ce n'est pas ma profession. J'ai lu un article du professeur Wilson de l'Université de Toronto et un autre d'un professeur de Harvard. Pourrais-je, ultérieurement, suivre votre théorie? Avez-vous publié ces travaux qui nous ont été présentés ou d'autres travaux analogues?

M. Armstrong: La première partie, le mémoire, monsieur le président, doit être publiée sous la forme d'un livre, d'ici quelques mois, j'espère. Elle porte précisément sur la concurrence et les dimensions de la concurrence.

[Texte]

What is the problem with competition is that the economist works with what I call a naive price model. A product is a product, and price is price. It all fits on a blackboard. If price is one number and a product is constant, it must be easy to cheat, it must be easy to conspire. My thesis, which I just really allude to here, is that that has just nothing to do with the real world. You take the simplest product, and there are many dimensions to the product. There are many dimensions to competition. If you take the sugar as a case in point, there are at least 30 ways that a seller can transfer a benefit to a buyer. When you look at gain situations where you have such complex variables, collusion is not easy. In fact, it is very difficult, it is bloody near impossible, which is why, I think, the results come out the way they do.

So there will be a study released fairly soon which elaborates the idea of competition and tries to put forth a more meaningful model of what competition is all about, because our ideas of competition, I think, are very badly distorted by our courses in price theory.

Mr. Affleck: But, to answer my question, these theories are not published now? I cannot find any dialogue in the economic journals between yourselves and, say, Professor Wilson or Professor Bain or some of the people that write on this.

Mr. Armstrong: Shortly you will.

Mr. Affleck: Yes.

Mr. Armstrong: This study, this is the appendix, we hope to incorporate in a much larger and a more thorough study, and hopefully we will have something out on that.

Mr. Affleck: Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Professor Stanbury.

Professor Stanbury: With your permission, Mr. Chairman. Don, I think the businessmen let you down. My calculation is that there have been 83 conspiracy cases in which 70 convictions have been obtained in this country between 1889 and 1975. If price did not matter, why did the businessmen go to all the trouble to conspire, with incredibly elaborate deals, and frequently other terms as well, in order to fix prices? Why did they do it if it is unnecessary? If price does not matter, they would not do it.

Mr. Armstrong: I do not think I said that price did not matter. Price is one of the dimensions of competition. Price is the atomic bomb of competition. Economists observing businessmen are very happy if they do not see a price war. When you step back and ask what kind of possibility there is for price reduction, it has to be limited by productivity. That is about the improvement that you can make in your offer.

But the businessman stands with consumers and the businessman does not see the world the way Bill does. He does not see just consumers and they are the only ones who matter. He sees his workers, his shareholders and his fellow managers and everybody else, and they want a piece of the action. They want

[Traduction]

Le problème en matière de concurrence est que les économistes travaillent à partir de ce que j'appelle une théorie de prix naïve. Un produit est un produit, et un prix est un prix. Tout peut s'écrire au tableau noir. Si le prix est un chiffre le produit est constant, il doit être facile de tricher et, il doit être facile de s'entendre illicitement. Selon ma thèse, à laquelle je fais allusion ici, cela n'a rien à voir avec le monde réel. Le produit le plus simple comporte de nombreuses dimensions. Il en va de même pour la concurrence. Prenons le sucre, par exemple. Il y a au moins trente manières pour le vendeur de transférer un profit à l'acheteur. Les variables au niveau des gains sont si complexes que la collusion n'est pas facile. En fait, c'est très difficile, c'est presque impossible, et c'est la raison de ces résultats que nous obtenons.

Une étude sera donc très prochainement publiée, étude qui développe les notions de concurrence et essaie d'établir un modèle plus significatif de ce qu'est réellement la concurrence, car nos notions de concurrence sont déformées d'une manière très négative par notre théorie sur les prix.

M. Affleck: Mais pour répondre à ma question, ces théories n'ont pas encore été publiées? Je n'ai pu trouver aucun échange de vues dans les journaux économiques entre vous-même et, disons, le professeur Wilson ou le professeur Bain ou un des spécialistes de ce domaine.

M. Armstrong: Vous le pourrez très bientôt.

M. Affleck: Oui.

M. Armstrong: Il s'agit de l'appendice, et nous espérons incorporer cette étude dans une étude plus large et plus approfondie et nous espérons que nous aurons quelque chose à ce sujet.

M. Affleck: Je vous remercie, monsieur le président.

Le président: Professeur Stanbury.

M. Stanbury: Si vous me le permettez, monsieur le président. Don, je crois que les hommes d'affaires vous ont laissé tomber. Selon mes calculs il y a eu 83 cas d'ententes illicites ayant entraîné 70 condamnations dans ce pays entre 1889 et 1975. Si les prix importaient peu, pourquoi ces hommes d'affaires ont-ils pris la peine de s'entendre illicitement en recourant à des tractations incroyablement compliquées pour fixer les prix? Pourquoi l'ont-ils fait si c'était inutile? Si les prix n'importaient pas ils ne le feraient pas.

M. Armstrong: Je ne pense pas avoir dit que les prix n'avaient pas d'importance. Les prix sont une des dimensions de la concurrence. Les prix sont la bombe atomique de la concurrence. Les économistes qui ont les hommes d'affaires sous observations sont très malheureux lorsqu'il n'y a pas de guerre des prix. Lorsque vous demandez quelles sont les possibilités de réduction des prix, les limites sont déterminées par la productivité. C'est l'amélioration que vous pouvez proposer dans votre offre.

Mais le commerçant est lié au consommateur et le commerçant n'envisage pas le monde de la même manière que Bill. Il ne voit pas que des consommateurs, et ce sont les seuls qui importent. Il voit ses travailleurs, ses actionnaires et ses collègues et ils veulent tous leur part. Ils veulent aussi une bonne

[Text]

a good life, too. They want a little better offer being made to them each year. So you have to take your 2 per cent or your 3 per cent increase in productivity and you have got to distribute it, to workers and to customers and so on.

• 1645

Now, let us take a look at the customer. Does the customer want all the available benefit given to him only in price? Do you want your 1929 tires still sold today but with the whole effort of the rubber companies put into lowering that price? You do not want that at all. You would not even buy a 1929 tire if they gave it to you: you would buy today's tire. The consumers, in fact, want quality, change and improvement; in fact, they want it a lot more than they want price reduction.

Prof Stanbury: What has that got to do with price-fixing, Don? Why do they fix prices? We have evidence that they do on a large scale in this country.

Dr. Armstrong: I am just coming to that.

The Chairman: I am sorry but I am going to have to intervene. It is quite all right; I certainly appreciate and totally understand the deep desire to communicate directly, back and forth, in a spirit of confrontation, and that is all healthy; but please direct things through the Chair as much as possible and we will try to allow some of our members an opportunity to participate.

Mr. Huntington: Through you, sir, what is some of this evidence that there is price-fixing in this country on a large scale?

Mr. McCain: Do we know it or do we hope it?

The Chairman: There has been a question put and I think it should be answered by yourself, Professor Stanbury. You are the one that made the statement.

Mr. McCain: If that be the case, Mr. Chairman, then the government has been derelict in its duty in the application of the Act as it stands.

Prof Stanbury: Yes, I would agree with you.

The historical record can be found in a paper presented in the University of Toronto on May 12 entitled *Canada Combines Investigation Act, a Record of Public Law Enforcement*, authored by myself and Professor Paul Gorecki. I am prepared to file a copy with the Committee.

What I have done is to take publicly available data and to organize it into a statistically significant and useful fashion and simply look at the historical record. The historical record is rather pitiful in the earlier periods. We simply did not attack very many cases. The Crown won a very high percentage of them, and I should point out that recently, there has been . . .

Mr. Huntington: What do you mean by earlier periods?

[Translation]

vie. Ils veulent qu'une offre un peu meilleure soit faite chaque année. Il faut donc que vous distribuiez ces 2 p. 100 ou 3 p. 100 d'augmentation de la productivité aux travailleurs et aux clients.

Prenons le cas du client. Le client veut-il que tous les bénéfices lui soient transmis uniquement sous forme de prix? Est-ce que vous voulez qu'on continue à vendre les mêmes pneus qu'en 1929, les sociétés de caoutchouc consacrant tous leurs efforts à la réduction du prix? Non. Vous ne voudriez même pas d'un pneu de 1929 si on vous le donnait: vous voudriez un pneu d'aujourd'hui. En réalité les consommateurs veulent de la qualité, du changement et de l'amélioration; en réalité, ils veulent beaucoup plus qu'une simple réduction des prix.

M. Stanbury: Qu'est-ce que cela a à voir avec la fixation des prix, Don? Pourquoi fixent-ils les prix? Nous avons la preuve que cela se fait à grande échelle dans ce pays.

M. Armstrong: J'y viens.

Le président: Je m'excuse, mais il va me falloir intervenir. Il n'y a rien de grave, je comprends le désir de vouloir communiquer directement, dans un esprit de confrontation, et c'est très sain, mais je vous prierais de passer par la présidence autant que possible afin que nous puissions permettre aux députés de participer.

M. Huntington: Monsieur, quelles sont ces preuves d'une fixation des prix à grande échelle dans ce pays?

M. McCain: Le savons-nous ou l'espérons-nous?

Le président: Une question a été posée et je pense que vous devriez y répondre vous-même, professeur Stanbury. C'est vous qui avez fait cette déclaration.

M. McCain: Si tel est le cas, monsieur le président, le gouvernement n'a pas rempli son devoir qui est d'appliquer la loi telle qu'elle existe.

M. Stanbury: Oui, je serais d'accord avec vous.

Ces preuves se trouvent dans un document présenté à l'Université de Toronto le 12 mai et intitulé: *Canada Combines Investigation Act, a Record of Public Law Renforcement* (Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, dossier d'application de la loi publique), dont les auteurs sont moi-même et le professeur Paul Gorecki. Je suis disposé à vous en communiquer un exemplaire.

J'ai recueilli toutes les données publiquement disponibles, je les ai arrangées d'une manière utile et significative du point de vue de la statistique, et j'ai simplement analysé l'historique. Au tout début, ce dossier est plutôt pitoyable. Les poursuites ont été très peu nombreuses. La Couronne en a gagné un très fort pourcentage, et je vous signalerai que dernièrement il y a eu . . .

M. Huntington: Qu'entendez-vous par au tout début?

[Texte]

Prof Stanbury: I am going back to 1889 when the law started, and I look at it right up to date.

Mr. Huntington: I was not born until 1921, though.

Prof Stanbury: Well, would you like to know the numbers since 1921? There were only eight cases brought before 1922, Mr. Huntington, so out of the 104 combines cases to date that is not many.

Mr. Huntington: No.

The Chairman: Okay. Thank you very much, Mr. Huntington.

Mr. Huntington: But today, are there many examples, viable examples, of price-fixing in the Canadian economy?

Prof Stanbury: Well, for the current research, I think you should ask the Director. He is the man who undertakes the investigations. I can only get it after it has been made public.

Mr. Huntington: You made the statement.

Mr. McCain: You made the statement.

Prof Stanbury: Well, based on the evidence I have as of the annual reports of last year, yes, I think the evidence is quite widespread.

Mr. McCain: The annual reports of the Department?

Prof Stanbury: Yes—of the Director.

Dr. Armstrong: Mr. Chairman.

The Chairman: Dr. Armstrong.

Dr. Armstrong: So the cases are 108. How many pricing decisions are there in the course of a day in this country? How many products are there? What fraction would that be of all the deals that are made: .0000001 per cent? Something like that. I have not worked it out, but it would be about that percentage.

Mr. Chairman, could I continue with my answer to Bill Clarke.

With regard to a price reduction, by the time you have spread your increased productivity among all the dimensions of the product—better quality, better service, faster delivery, lower price—by the time you have satisfied your workers, air conditioning in the plant, more money and so on, you can improve any aspect of the offer very, very little in any one year, and it is ridiculous to expect price wars as anything more than an aberration. But they happen, and they are very damaging when they happen: they are the atomic bombs of competitive action; and businessmen are very reluctant to get into price wars because it is a loser's game.

Prof Stanbury: I was not talking about price wars; I was talking about—I am sorry, Mr. Chairman.

The Chairman: I am sorry but we are going to try and keep a little bit of order, if we can.

Mr. Philbrook: Mr. Chairman . . .

[Traduction]

M. Stanbury: Je remonte à 1889, année d'entrée en vigueur de la loi, et je poursuis jusqu'à aujourd'hui.

M. Huntington: Je ne suis né qu'en 1921.

M. Stanbury: Voudriez-vous connaître les chiffres depuis 1921? Il n'y a eu que huit cas avant 1922, monsieur Huntington, et par conséquent sur les 104 cas jusqu'à aujourd'hui cela ne fait pas beaucoup.

M. Huntington: Non.

Le président: Très bien. Je vous remercie infiniment, monsieur Huntington.

M. Huntington: Mais aujourd'hui, y a-t-il de nombreux exemples, des exemples prouvés, de fixation de prix dans l'économie canadienne?

M. Stanbury: Pour ce qui est de la recherche actuelle, vous devriez poser la question au directeur. C'est lui qui est chargé des enquêtes. Je ne peux en prendre connaissance qu'après qu'elles aient été rendues publiques.

M. Huntington: C'est vous qui avez dit cela.

M. McCain: Vous avez dit cela.

M. Stanbury: Sur la base des rapports annuels jusqu'à l'année dernière, les preuves sont tangibles.

M. McCain: Les rapports annuels du ministère?

M. Stanbury: Oui, du directeur.

M. Armstrong: Monsieur le président.

Le président: Monsieur Armstrong.

M. Armstrong: Il y a donc eu 108 cas. Combien de décisions de prix sont prises par jour dans ce pays? Combien y a-t-il de produits? Quelle fraction cela représenterait-il de tous les marchés qui sont conclus: .0000001 p. 100? Quelque chose de cet ordre. Je n'ai pas fait le calcul, mais cela doit être de cet ordre.

Monsieur le président, pourrais-je poursuivre ma réponse à Bill Clarke?

Pour ce qui est de la réduction des prix, une fois que vous avez réparti votre augmentation de productivité entre toutes les dimensions du produit: une qualité supérieure, un meilleur service, une livraison plus rapide, un prix inférieur,—une fois que vous avez satisfait les revendications de vos employés, l'air climatisé dans l'usine, des salaires plus élevés, vous ne pouvez que très minimement améliorer tout aspect de l'offre chaque année, et il est ridicule de ne considérer la guerre des prix que comme une simple aberration. Mais elles arrivent, et elles sont très dommageables lorsqu'elles arrivent: elles sont les bombes atomiques de l'action concurrentielle; et les hommes d'affaires ne s'engagent qu'à contrecœur dans les guerres de prix car tout le monde y perd.

M. Stanbury: Je ne parlais pas de guerres de prix; je parlais . . . je m'excuse, monsieur le président.

Le président: Je m'excuse, mais nous allons essayer de conserver un peu d'ordre, si nous le pouvons.

M. Philbrook: Monsieur le président . . .

[Text]

The Chairman: Yes.

Mr. Philbrook: ... Mr. Huntington asked, I think, a very important basic question and I was not sure it was answered. He asked Professor Stanbury if there were some really meaningful examples of price-fixing in the country and I think this is something the Committee has wanted to hear ever since we started. I wonder if the witnesses think this was thoroughly answered because I did not think it was unless I missed it.

I would love to hear Professor Stanbury elaborate on that.

The Chairman: Agreed?

Proceed, Professor Stanbury.

Prof Stanbury: Well, I do not wish to cite every case but I think there is an outstanding one at hand and that is the Armco case in which a conviction was registered in the last couple of years.

• 1650

What happened there was an attempt to organize a conspiracy without conspiring by the use of conscious parallelism. In fact, the lawyers for some of the would-be conspirators came to the director's office to discuss whether conscious parallelism violated the law or not.

It turns out that a little spontaneous coordination occurred, but the judge was able to infer that a conspiracy had in fact taken place. The result was that the Government of Ontario, its highway's department, received identical tenders on virtually every bid it received for a period of several years, four or five if I recall. In my opinion, that represents an example where price fixing clearly did take place on a large scale and was of importance to the Canadian economy. I am not suggesting that at every moment, at every time every deal is price-fixed. That is simply untrue.

Mr. Huntington: I wonder if we can get back to the consumer. I am interested in the market at large. We have about 89 barracuda floating around in the industrial ocean of Canada, but we are casting out a net for all the fish in the sea. This is a very broad, important, serious piece of legislation that is moving in to regulate the lives of each and every one of us and it will have an effect on the purchasing power of every consumer dollar. Other than sugar cases and Armco dealing with the Department of Public Works in Ontario, I would sure like to have some examples of where there has been abuse in price fixing in terms of consumer material in the markets of Canada.

Mr. Armstrong: In my opinion, there is no such evidence. Let me take the Armco case as a case against them. In that case, the judge cited evidence that it was a very profitable operation. The evidence was a memorandum by somebody who had not even started production; it was obviously a memorandum written by somebody who was trying to raise money. He said, "Oh boy, this is a gee-whiz industry. We should get into it." Of course he says something like that, he is trying to fund his operation. The judge takes that as evidence that it was a

[Translation]

Le président: Oui.

M. Philbrook: ... M. Huntington a posé une question fondamentale et je ne suis pas sûr qu'on y ait répondu. Il a demandé au professeur Stanbury s'il existait des exemples vraiment significatifs de fixation de prix dans ce pays et je pense que c'est une question à laquelle notre Comité aimerait avoir une réponse depuis le début de ses travaux. Les témoins pensent-ils avoir donné une réponse complète car ce n'est pas ce que je pense à moins que j'aie raté quelque chose.

J'aimerais beaucoup entendre le professeur Stanbury à ce sujet.

Le président: D'accord?

Allez-y, professeur Stanbury.

M. Stanbury: Je ne souhaite pas citer tous les cas mais il y en a un de remarquable et c'est celui de la compagnie Armco, compagnie qui a été condamnée il y a un ou deux ans.

Dans ce cas-là, on a tenté d'organiser une conspiration sans vraiment conspirer en ayant plutôt recours à un mécanisme de parallélisme intentionnel. En fait, les avocats des conspirateurs en puissance se sont présentés au bureau du directeur pour vérifier si le parallélisme intentionnel violait les dispositions de la loi.

En conséquence, on a assisté à un phénomène de coordination spontané mais le juge a pu en déduire qu'il s'agissait en fait de conspiration. Le service des autoroutes du gouvernement de l'Ontario a reçu des offres identiques pour chacune des soumissions présentées au cours d'une période de quatre ou cinq ans, si je me souviens bien. A mon avis, voilà un exemple flagrant de fixation des prix à grande échelle, avec incidence certaine sur l'économie canadienne. Je ne dis pas que pour tous les contrats, on ait constamment recours à la fixation des prix. Ce n'est pas vrai.

M. Huntington: J'aimerais revenir au consommateur, au marché en général. Au Canada, il existe environ 89 pièces de gros gibiers et nous essayons de pourchasser tout le gibier de la forêt en même temps. Nous avons sous les yeux un projet de loi très important et de grande envergure, qui aura une incidence pour tout le monde et qui touchera le pouvoir d'achat de tous les consommateurs. Outre l'exemple du sucre et de la compagnie Armco qui a eu affaire au ministère des Travaux publics de l'Ontario, j'aimerais qu'on me donne d'autres exemples où on a pu constater que les prix étaient fixés pour des biens de consommation sur les marchés du Canada.

M. Armstrong: A mon avis, on ne peut pas trouver de tels exemples. Prenez la cause Armco. Le juge a présenté des preuves qu'il s'agissait d'une affaire très rentable. Parmi ces preuves se trouvait une note écrite de la main de quelqu'un qui n'avait même pas commencé à produire. Il s'agissait de toute évidence de quelqu'un qui essayait de rassembler des fonds. Il s'est dit: «Voilà la bonne affaire. A nous d'en profiter.» Bien sûr, il essaiera ensuite de trouver des fonds pour son affaire. C'est à partir de cela que le juge a conclu qu'il s'agissait d'une

[Texte]

profitable industry and that they were trying to make it more profitable. Well, this kind of economics we can do without. Now there was no evidence in that case that these people were making a lot of money. That is irrelevant. They were starving to death, but that is irrelevant.

You will note that a lot of the prosecutions involve tenders, and the tender happens to be the one way of doing business where you take all the dimensions of the product, suppress them into the specifications and leave one number. I suggest to you that in that case, and in that case only, if you go back to your price-theory model you have something approaching reality. You have it reasonably easy to conspire because everything is suppressed and it leaves one number.

By the way, when you use tenders, and it is the common way that governments to business, you put enormous pressure on the businessman to cheat because he is forced into a price-war situation which is a very uncomfortable situation to be in. I am not justifying rigging or anything like that. I am just saying that it is remarkable how often the conspiracies involve this kind of pressure on the businessman through the tendering system. The businessman breaks under the pressure. He says, "Gee, you know, we are all going bankrupt at this rate." And there is only one number in that case. "Let us whisper about it, let us fix it up, otherwise we are all going belly up."

Mr. Huntington: The lowest tender is not necessarily accepted either.

Mr. Armstrong: It is not a business problem because businessmen enter into long-term negotiations. They look at all the dimensions and develop longer-term relationships in which they know they have to deliver quality. It is a different business. It is much more difficult to conspire in the normal course of business-to-business relationships. Tenders make it easy to conspire, and put pressure on you to do so.

The Chairman: Thank you very much. Is Mr. Lambert not here? No. All right. Mr. McCain, your name is not on my list.

Mr. McCain: It is not.

The Chairman: If you wish to ask questions, by all means do so.

Mr. McCain: We could put it on there, if you would.

The Chairman: Yes, I will. I would like to ask some questions myself, but if you would like to proceed in front of me.

Mr. Huntington: At the end of round one.

The Chairman: But they are related to this central question, if I may be permitted. But I am in your hands. I am a very agreeable chairman.

On this central question you are dealing with, I wonder what the realities are. That seems to be the central thrust: one side is saying that in reality these problems do not exist and there is not any problem there—they may be overstating it a little bit on the other side there is the feeling that there is a problem and it ought to be dealt with in the public interest. I really

[Traduction]

industrie rentable qu'on essayait de rendre encore plus rentable. On pourrait très bien se passer de ce genre de spéculation économique. Nous n'avons pas de preuve, ici, que ces gens-là essayaient de réaliser de gros bénéfices. Ce n'est pas important du reste. Ils étaient loin de rouler sur l'or mais cela n'a pas d'importance ici.

Vous remarquerez que dans beaucoup de poursuites judiciaires ce sont les offres qui sont en cause et une offre permet de tenir compte de toutes les dimensions d'un produit, de lui attacher des normes et d'en arriver à un chiffre final. Je pense que dans un tel cas, et seulement dans ce cas-là, si on s'en tient à un modèle théorique du prix, il reflétera la réalité. On peut parfaitement conspирer parce que l'on ne tient compte que d'un chiffre, le chiffre final.

Lorsqu'on a recours à des appels d'offres, ce qui se fait couramment dans les affaires du gouvernement, l'homme d'affaire se voit forcé à mener une guerre des prix car il est acculé à une position tout à fait inconfortable. Je ne justifie pas ici le trucage des offres ou quoi que ce soit du même genre. Je ne fais que souligner qu'il est fréquent que les conspirations surgissent parce que les hommes d'affaire sont soumis aux impératifs du système d'appel d'offres. C'est sous la pression que l'homme d'affaire se dira: «Si cela continue, nous courrons tous à la faillite.» Il n'y a qu'un chiffre en cause ici. «Si nous nous entendons tous, si nous convenons d'un prix, nous évitons le pire.»

M. Huntington: Mais ce n'est pas toujours l'offre la plus basse qui est acceptée.

M. Armstrong: Cela importe peu aux hommes d'affaire car les négociations sont des négociations à long terme. Ils envisagent tous les angles de l'affaire et mettent au point une relation à long terme à l'issue de laquelle ils doivent donner un produit de qualité. C'est différent. Il est beaucoup plus difficile de conspирer, en temps normal, dans le cas d'une relation homme d'affaire à homme d'affaire. Les appels d'offres se prêtent bien à la conspiration et on se trouve plus ou moins forcés de conspирer.

Le président: Merci beaucoup. M. Lambert est-il ici? Non. Très bien. M. McCain, votre nom n'est pas inscrit sur ma liste.

M. McCain: Je sais.

Le président: Si vous voulez poser des questions, faites-le, je vous en prie.

M. McCain: Vous n'avez qu'à inscrire mon nom sur la liste.

Le président: Je le ferai. J'aimerais, moi aussi, poser des questions mais je vous cède ma place.

M. Huntington: Vous devez attendre la fin du premier tour.

Le président: Mes questions sont reliées à ce sujet. Je m'en remets à vous. Je suis très conciliant.

Dans le cas qui nous occupe, je me demande quelles sont les réalités. Il semble que d'une part, d'aucuns disent que ces problèmes n'existent pas. Il se peut qu'on exagère un peu car d'autres prétendent qu'il existe un problème dont on doit s'occuper au nom de l'intérêt public. Je crois qu'il semble assez important de déterminer si les problèmes existent, et ce, sans

[Text]

think that it might be relatively important when one looks at the problems that do or do not exist, and without making a value judgment, to bear in mind that there is a Combines Investigation Act now. I wonder whether the business community, for which I have a great deal of respect, is such that if one removed all constraints on their activities completely, and allowed them to function as they best saw fit in their own interests or, on occasion, if they wanted to act in the public interest, what would the facts really be? Would there be conspiracies? Would people be setting prices? Would they really be trying to knock out their competitors? Would they be exercising their perhaps heavy powers in a totally responsible way? Or would they, like so many others in society, have a tendency to abuse power if they possessed it?

• 1655

I think that, maybe, is the central question. Should a public body, such as government, not view the ability to impose authority within society without restraint and perceive that always as being used responsibly and in the public interest? Or is there a legitimate concern that we, as the protectors of the public, ought to have in our minds, and say that such power should only be used under certain restraints, otherwise we are fearful of abuse? Is that not a legitimate thing for us to address ourselves to? Professor Armstrong.

Mr. Armstrong: Quite. I have no quarrel with the present act. I think conspiracies are antisocial and should be stepped on whenever they are found. I think it is quite proper for the government to be concerned, as it has been, with the abuse of power and the forming of power through conspiracy. So I have no thought at all that the act should be abolished, or that these fine gentlemen should be unemployed. I never suggested anything like that, and I would not—and I do not think any businessman would either.

But when we go forward beyond that and add to the act—as you are proposing to do here—a much easier entry of the government into the affairs of business, on quite different grounds, I say I have to see evidence that the present act is not working.

I do not see evidence. I work with businessmen, I am a consultant. Anybody who wants to get a bunch of businessmen to agree—they are not very agreeable cusses, you know—to get them to agree on the time of day! I have defended companies and I still could not get them to give me data. You should try to go out and organize some businessmen some day. It is a very, very, very difficult thing to do. They are not, by and large, an agreeable type. I do not see, therefore conspiracies as being very likely—except that in this case of tendering they are very likely—they are not easy to come by. When you are with large companies they are too transparent; too many people know about them and they are very hard to keep silent. I think our Mounties, our police, our people who look after this, have in fact caught most of the cases that have been found. I have seen very few cases where there were conspiracies in the real world.

[Translation]

porter des jugements de valeur. On doit cependant le faire en se rappelant les dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Je me demande ce qui arriverait si le milieu des affaires, pour lequel j'ai le plus grand respect, ne se voyait plus imposer de contraintes et pouvait agir comme bon lui semble, dans son propre intérêt ou, à l'occasion, dans l'intérêt du public? Est-ce qu'il y aurait des conspirations? Est-ce que les gens s'entendraient pour fixer les prix? Est-ce qu'on essaierait vraiment d'anéantir les concurrents? Est-ce que les hommes d'affaires se serviraient de façon sensée de ces pouvoirs très importants qu'on leur confierait? Ou bien, essaieraient-ils comme c'est souvent le cas dans la société, d'en abuser?

Voilà la question fondamentale. Est-ce qu'un organisme public, le gouvernement par exemple, ne devrait pas considérer la possibilité d'imposer sans limite des mesures comme une importante responsabilité qui doit toujours tenir compte de l'intérêt public? Autrement dit, n'est-il pas fondé que les protecteurs du public, nous, en l'occurrence, nous préoccupions qu'un tel pouvoir soit toujours assorti des restrictions qui permettent d'éviter les abus? N'est-ce pas là l'aspect vital qui devrait nous préoccuper, professeur Armstrong?

M. Armstrong: Tout à fait. La loi actuelle nous convient très bien. Je crois que les conspirations sont anti-sociales et devraient être anéanties dès qu'elles sont perçues. Je pense qu'il convient tout à fait qu'un gouvernement se préoccupe, comme cela a été le cas, des abus de pouvoir et de la concentration de pouvoir qui résulte de la conspiration. Jamais je n'ai songé à vouloir faire abroger cette loi, pas plus du reste que je ne voudrais que ces messieurs soient sans emploi. Cela ne m'a jamais effleuré l'esprit et je ne pense pas que les hommes d'affaires y aient songé non plus.

Mais, si on dépasse ce cadre, comme les dispositions du projet de loi proposent de faire, le gouvernement pourra plus facilement s'immiscer dans le milieu des affaires en invoquant des prétextes bien différents. Voilà pourquoi, je pense, qu'il faudrait prouver que la loi actuelle est inadéquate.

Pour ma part, je n'en ai pas de preuve. Je travaille avec des hommes d'affaires que je conseille. Il est difficile de s'arranger pour que des hommes d'affaires s'entendent... Il m'est arrivé de devoir plaider la cause de certaines sociétés et de ne pas pouvoir obtenir de données auprès d'elles. Il faudrait un jour essayer de regrouper les hommes d'affaires en vertu d'une convention. Ce serait très très difficile à réaliser. En général, ce ne sont pas des gens qui s'entendent facilement. Voilà pourquoi je dis que les conspirations ne sont pas très probables sauf dans le cas, évidemment, des appels d'offres. Lorsqu'il s'agit de grandes sociétés, tout est trop évident, trop de gens sont au courant de ce qui se passe et il est très difficile de garder un secret. Je crois que la Gendarmerie royale, la police et ceux qui s'occupent de ce genre de chose ont pu repérer tous les cas patents. Pour ma part, je n'ai rencontré que quelques cas de conspiration.

[Texte]

The Chairman: I gather, Dr. Armstrong, you are really saying that the present law is quite all right as it is, maybe some modest adjustments . . .

Mr. Armstrong: Yes.

The Chairman: . . . but generally speaking the market-place is functioning well. We have no need really to address ourselves to new law, because things are working well in the market-place.

Mr. Armstrong: That is my position.

The Chairman: But how do you cope, how do you deal with the concerns,—which I think are often expressed, certainly they have been to me as a private member of Parliament—of the small-business community and others who feel that the existence of power sometimes is used in a rather raw way, without taking into account the adverse impact on other people in the business community, on the public at large? Surely there must be some areas where things are not exactly as they ought to be?

Professor Stanbury: May I reply to that Mr. Chairman? I would like to quote Lord Acton:

Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely.

The maxim, in the way you put it, Mr. Chairman, should be that power corrupts and the lack of a Competition Act will corrupt absolutely.

I would like to be specific and talk about one absolutely ineffectual part of the law, and that is the merger section.

• 1700

Take a look at the B.C. Sugar case in 1960, the result of which was to give B.C. Sugar a monopoly from the Lakehead almost, but certainly from Winnipeg, West. Take a look at the Canadian Breweries case in which Canadian Breweries systematically bought up breweries to the point that their market share went from zero to 60 per cent over a period of 30 years.

Finally, take a look at the ultimate statement on the ineffectual nature of the merger laws, K. C. Irving. Here the Supreme Court said "you can have all newspapers in this province, Mr. Irving, so long as you do not get ridiculous with the rates of advertising or the subscription rates". They did not address the substantive issue of the political power inherent in the hands of one man who already has an industrial empire almost unparalleled in this country. That substantive issue is not addressed. It would become addressed I think under the new bill. There is need for a strong merger law in this country. We are neither getting economies of scale to get efficiency, nor are we protecting ourselves from the abuses of concentrations of economic power in the form of price fixing, conscious parallelism and the ability to be inefficient. That is why we need a law. And the merger law is the most obviously ineffectual part of the existing statute.

[Traduction]

Le président: Si je comprends bien, monsieur Armstrong, vous prétendez que la loi actuelle est tout à fait adéquate et qu'elle ne requerrait que quelques rajustements mineurs . . .

M. Armstrong: C'est cela.

Le président: . . . autrement dit, le marché fonctionne très bien. Nous n'avons donc pas besoin d'édicter une nouvelle loi parce que le marché fonctionne très bien tel qu'il est.

M. Armstrong: Tout à fait.

Le président: Mais comment alors apaiser les inquiétudes de la petite entreprise dont on me fait souvent part en ma qualité de député? On me dit souvent que certains pouvoirs sont parfois exercés de façon inconsidérée sans tenir compte de l'incidence néfaste qu'ils ont sur le milieu des affaires, sur le public en général. Il est entendu qu'il y a sûrement des secteurs où les choses ne vont pas aussi bien qu'on aurait tendance à le croire.

M. Stanbury: J'aimerais répondre à cette question. J'aimerais vous citer les paroles de Lord Acton:

Le pouvoir a tendance à corrompre et le pouvoir absolu corrompt d'une manière absolue.

Selon votre raisonnement, monsieur le président, le pouvoir corrompt et l'absence de la Loi sur la concurrence corrompra d'une manière absolue.

J'aimerais m'attarder à quelques détails et souligner les parties de la loi qui n'accomplissent absolument rien, notamment l'article sur les fusions.

Prenez de las de la *B.C. Sugar*, en 1960. A l'issue du procès, la *B.C. Sugar* jouissait d'un monopole qui s'étendait sur toute la région à l'Ouest de la tête des lacs, ou presque, mais certainement sur toute la région à l'Ouest de Winnipeg. Prenez la cause de la *Canadian Breweries*. Cette société a acheté systématiquement toutes les brasseries, si bien qu'au cours d'une période de 30 ans, elle en est arrivée à contrôler 60 p. 100 du marché.

Un exemple flagrant, et récent, de l'inefficacité que nos lois sur les fusions est celui de la cause K.C. Irving. La Cour suprême a déclaré: «Monsieur Irving, vous pouvez posséder tous les journaux de cette province, dans la mesure où vous ne dépassez pas les bornes en imposant des taux ridicules pour la publicité ou l'abonnement.» La Cour suprême n'a pas tenu compte du problème fondamental, à savoir le pouvoir politique concentré aux mains d'un seul homme qui se trouve à la tête d'un empire industriel inégalé au pays. On ne s'est pas arrêté à résoudre le problème fondamental. Je crois que les dispositions du nouveau projet de loi permettraient de s'attaquer à ce problème. Notre pays a besoin de lois très sévères pour contrôler les fusions. Nous ne jouissons pas des économies d'échelle qui accentueraient l'efficacité et nous ne nous protégeons pas des abus, tels la fixation des prix, le parallélisme intentionnel et la liberté d'être inefficace, qui sont les caractéristiques d'un pouvoir économique concentré. Voilà pourquoi une loi s'im-

[Text]

The Chairman: Mr. McCain.

Mr. McCain: Well, Mr. Chairman, it seems to me your allegation is we have got a hell of an economy, and because of the incidence of unsuccessful prosecution we should change the dip net to a seiner. I really do not subscribe to that principle. One of the things that I found, Mr. Chairman, was that when the DuPont structure was dissolved and divided by the competition structure in the United States, I paid more for the product which I was buying from them, now only from them but from others as a result of the change in pattern. It was unfortunate, but nevertheless that is what actually happened in the product that I was handling that was produced by DuPont; it cost me more.

So I am inclined to think that there are examples of economies of scale which are passed on to the consumer. I think you are overlooking in some of this stuff the fact that the few prosecutions which you have cited instilled a great deal of fear into the business world of this country, and I do not think there were the opportunities to prosecute that it is generally assumed that there might have been.

Now, Mr. Chairman, there is nothing in this bill whatsoever which is going to protect the small guy in, let us say, the retail trade or the distribution trade from the massive buying power of some of the bigger guys in this business. And this is the thing that really and deeply concerns me about this bill. It is geared to protect what you, Professor Stanbury, have opposed size.

So, what can be done to protect some of the little guys from the massive buying power that is not covered in this thing?

The Chairman: Well, there is some dispute as to whether it is covered in the proposed act. That does not square with the evidence that I have heard since I have been chairing these hearings.

Mr. McCain: Well, I am basing my statement, Mr. Chairman, on evidence which we did get from the witnesses of the Department of Consumer and Corporate Affairs in which they substantiated the right of massive buying power. I, at that time, suggested it was to the detriment of the little guy, and I still submit it is.

The Chairman: Do you want that clarified? I think it is important, Mr. McCain.

Mr. McCain: All right.

The Chairman: It is an important point that you have raised. Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, protection for the little guy would be found in proposed Section 31.77 where there is a possibility of an order by the board in respect of price differentiation. Now, this is where the efficient little firm would be precluded from lowering the price that he has to pay as compared to his competitor who is a larger buyer. Now there

[Translation]

pose. Dans nos statuts, les lois sur les fusions sont peut-être le maillon le plus faible.

Le président: Monsieur McCain.

M. McCain: Il me semble que vous dites que notre économie se trouve dans un état incroyable et à cause de procès infructueux, nous devrions réviser sérieusement nos instruments. Je ne suis pas d'accord. Monsieur le président, j'ai pu constater que lorsque la Société Dupont a été démantelée à cause des lois américaines sur la concurrence, j'ai dû payer plus cher le produit que j'achetais de cette société et également d'autres sociétés. C'était malheureux mais néanmoins c'est ainsi que s'en est trouvé touché le produit que j'achetais de la compagnie Dupont. J'ai dû faire face à une augmentation de prix.

Voilà pourquoi je serais porté à croire qu'il y a des économies d'échelle dont peut profiter le consommateur. Je pense que vous négligez de reconnaître que les quelques procès dont vous avez parlé ont suscité la crainte du milieu des affaires et je ne pense pas que le nombre de procès potentiels soit aussi élevé qu'on serait porté à le croire.

Monsieur le président, rien dans les dispositions de ce bill ne vise à protéger la petite entreprise, le détaillant ou le distributeur du pouvoir d'achat gigantesque dont disposent les grandes sociétés. Voilà l'aspect qui me préoccupe le plus dans ce projet de loi. Ce projet de loi vise à protéger l'aspect que vous reprouvez, monsieur Stanbury, la taille.

Je vous demande donc ce qu'on pourrait faire pour protéger la petite entreprise du pouvoir d'achat gigantesque des grandes sociétés, car les dispositions de ce projet de loi sont silencieuses à ce sujet?

Le président: On ne s'entend pas là-dessus. On se demande si cet aspect est contenu dans le projet de loi. Ce que vous dites semble contredire les témoignages que j'ai entendus depuis que je suis le président de ce Comité.

M. McCain: Ma déclaration se fonde sur les preuves fournies par les témoins du ministère de la Consommation et des Corporations, qui ont exposé cette prérogative de pouvoir d'achat gigantesque. A ce moment-là, j'ai émis l'opinion que cela existait au détriment de la petite entreprise et je maintiens mon point de vue.

Le président: Voulez-vous des éclaircissements? Je crois que cette question est importante, monsieur McCain.

M. McCain: Très bien.

Le président: Vous avez soulevé là une question importante. Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: On pourrait trouver la protection nécessaire à la petite entreprise à l'article 31.77, qui permet à la Commission d'émettre une ordonnance sur les différences de prix. Le petit entrepreneur dont l'affaire est rentable ne pourrait pas rabaisser le prix qu'il doit payer par rapport à son concurrent qui est un plus gros acheteur. Voilà donc un élément de

[Texte]

is some form of protection against the abuse of a buying power there. It is not absolute but it is some form of protection.

The other protection you would find is in price discrimination where it is specifically allowed to have buying groups so that the little guys can get together and force the supplier to provide them with the same conditions as they provide larger buyers.

These are the two parts where you would find protection for the little guy.

Another is Section 31.72 and Section 31.73 on joint monopolization, where you refer to the elimination of a competitor by predatory pricing, whether or not based on cross-subsidization, or the deliberate narrowing of the margin between the cost to a customer and the price the customer can get on the market.

• 1705

The Chairman: Mr. McCain.

Mr. McCain: That little guy is going to have a heck of a job to get through the red tape that is going to get him to the top of the heap to get his case considered so that he can get his supplies. By the best of measurement, even if we get the full interpretation as you have given it, the little guy has got a heck of a job to get up through it. The consortium, the co-operative or whatever you suggest, will give him some opportunity of a different calibre. But what we are referring to is the fact that chains are now selling at well below some wholesalers' costs, and certainly below the corner grocer's costs or the corner furniture store's costs. This is a kind of competition that I do not think is good for the consumer, or for anybody else really; certainly not for the total society.

I would like to hear a comment from Dr. Armstrong on that, if I might.

The Chairman: Professor Stanbury.

Mr. Stanbury: All I can do is reiterate the points made by the director. It is my opinion, at least, that the little guy who is efficient is the concern; we want to make the act protect him from the sheer market power of the large forces.

There is a point in the brief on that. That is, where price discrimination is induced by a buyer, it also ought to be illegal as where it is induced by a seller. I think that would help.

I would like to add one more footnote.

You say it is hard for the little guy to get his case across. My reading of the record of the combines branch is that they respond rather rapidly to complaints. In fact, the great bulk of the cases originate out of complaints from businessmen who are being affected by some of the practices of their competitors. So all I could suggest is that as a little guy, write your letter to the director and follow it up, and collect what evidence you can that an unfair or an illegal practice is being perpetrated.

Mr. McCain: And if you have the means, you survive long enough to get the answer.

[Traduction]

protection contre l'abus du pouvoir d'achat. Cela ne couvre pas tous les aspects mais cela protège tout de même.

L'autre protection touche les prix discriminatoires. Il est parfaitement légal de former un groupe d'acheteurs, de sorte que le petit entrepreneur pourrait, en se liguant avec d'autres petits entrepreneurs, forcer le fournisseur à lui offrir les mêmes conditions qu'à un acheteur plus important.

Voilà les deux sections qui offrent une certaine protection au petit entrepreneur.

Il existe également deux autres articles, 31.72 et 31.73, ce dernier sur le monopole conjoint, qui traite de l'élimination de la concurrence en fixant des prix abusifs par le jeu du financement compensatoire ou autrement, ou en réduisant la marge entre le coût assumé par le client concurrent et le prix de revente qu'il peut obtenir sur le marché.

Le président: Monsieur McCain.

M. McCain: Le petit entrepreneur aura du mal à passer par toutes les étapes, à se faire entendre et à obtenir ses approvisionnements. D'après ce que l'on peut évaluer, même si l'on donne à cet article une interprétation vaste, le petit entrepreneur aura du mal à s'en sortir. Le consortium, la coopérative, ou tout ce que vous voulez, ne lui offre pas une chance égale. Vous soulevez ici le problème des chaînes qui vendent à des prix inférieurs au coût des grossistes et certainement à des prix inférieurs aux coûts de l'épicier du coin ou des vendeurs de meuble du quartier. Voilà le genre de concurrence qui cause du tort aux consommateurs et à tout le monde. Ce n'est certainement pas bon pour la société en général.

Monsieur Armstrong, avez-vous des observations à faire à ce sujet?

Le président: Professeur Stanbury.

M. Stanbury: Je ne peux que reprendre le point de vue exprimé par le directeur. A mon avis, c'est du petit entrepreneur qui a une entreprise rentable dont on doit se préoccuper. Nous voulons que la Loi le protège des simples mécanismes du marché dont jouissent les grandes sociétés.

Il y a une allusion à cela dans le mémoire. On y dit que les prix discriminatoires provoqués par un acheteur sont aussi illégaux que ceux que provoque un vendeur. Il serait bon de corriger cela.

Je voudrais ajouter autre chose.

Vous dites qu'il est difficile pour un petit entrepreneur de faire valoir sa cause. Je crois savoir cependant que la direction des coalitions répond rapidement aux plaintes dont elle est saisie. En fait, la plupart des plaintes qu'elle reçoit proviennent d'hommes d'affaires qui sont attaqués par leurs concurrents. Je vous propose donc, à titre de petit entrepreneur, d'écrire au directeur après avoir rassemblé toutes les preuves qu'il y a effectivement pratique illégale et injuste.

M. McCain: Il faut cependant avoir les moyens d'attendre le résultat.

[Text]

Mr. Stanbury: Hopefully.

The Chairman: Mr. Armstrong.

Mr. Armstrong: If I might add a word there, I think this is one place where the department does a very good job. As I read it, they act as an unofficial ombudsman. When our friends to the right here descend on a businessman who is accused by a little businessman of doing something bad, they are pretty careful. The way it is working out in practice is that there is a kind of ombudsman who has the power to investigate the big company, and that is quite a bit of power right there. I have proposed, and other people have proposed before the Bryce Commission, that there be explicitly an ombudsman to deal with these. These problems, when they occur, are terribly complicated. You need to deal with them fast and you need to be able to have somebody who will appeal quickly.

Mr. McCain: Could I give you a specific case?

The Chairman: Mr. McCain.

Mr. McCain: A friend of mine happens to be in the furniture business, and he found that his invoice price from a nationally known furniture firm was higher than Eaton's mail order delivery price. What is his hope under those circumstances?

The Chairman: Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: In these circumstances, he would have to write us a letter and bring that fact to our attention, and we would have to look at it under Sections 31.77 and 34. The first question I would ask is, are you buying the same quantity as Eaton's?

Mr. McCain: Now you are into quantity again.

Mr. Bertrand: That is the first thing we would have to ask.

The answer is no; okay. The next question is Section 31.77. Is the price differential based on a reasonable assessment of the cost difference of supplying Eaton's and your friend? If there is no reasonable assessment of the difference in supplying, we could obtain an order from the board and say to that company, be reasonable in your discount schedule.

Mr. McCain: Mr. Chairman, if I might say so, that is the explanation that I suppose I should have given in detail when I asked my question. By those standards, that little guy is never going to become an Eaton's because he is not going to last that long.

Mr. Affleck: That is the point I was going to address.

The Chairman: Mr. Affleck.

• 1710

Mr. Affleck: I guess I must confess that in the past, Mr. McCain, I have been employed by large and not so large companies to set up discount schemes that would favour the large purchaser over the small, and it is not hard to do because all you need is quantity. I think there is a salutary remedy here for your man in a new subsection 231.1, which would allow

[Translation]

M. Stanbury: C'est souhaitable.

Le président: Monsieur Armstrong.

M. Armstrong: Je voudrais signaler que c'est là un domaine où le ministère fait du très bon travail. Je crois savoir que le ministère agit au même titre qu'un ombudsman. Lorsque nos amis, ici présents, s'attaquent à un homme d'affaires qu'on accuse d'avoir mal agi, ils font très attention. En fait, c'est un ombudsman qui a le pouvoir de faire enquête auprès d'une grande société, pouvoir assez imposant. Comme d'autres, j'ai proposé à la Commission Bryce qu'on nomme effectivement un ombudsman pour s'occuper de ces cas. Les problèmes qui surgissent sont très complexes. Il faut agir vite et il faut que quelqu'un soit investi du pouvoir d'en appeler très rapidement.

M. McCain: Pouvez-vous nous donner un exemple précis.

Le président: Monsieur McCain.

M. McCain: J'ai un ami qui a une entreprise de meubles qui a découvert qu'un fabricant de meubles lui imposait des prix supérieurs aux prix du catalogue de la maison Eaton. Quel espoir a-t-il?

Le président: Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: Dans ce cas, il faudrait que votre ami écrive au ministère et signale ce cas-là. Nous étudierons le cas au regard des articles 31.77 et 34. La première question que nous poserions serait la suivante: la quantité achetée est-elle la même que celle qu'achète la maison Eaton?

M. McCain: Mais c'est une question de quantité, un fois de plus.

M. Bertrand: C'est la première question que nous devons poser.

Si la réponse est non, c'est très bien. Nous passons ensuite à l'article 31.77. La différence de prix est-elle justifiable par la différence de coûts entre l'approvisionnement de la maison Eaton et l'approvisionnement de votre ami? S'il n'y a pas de différence raisonnable, au niveau de l'approvisionnement, la Commission pourrait émettre une ordonnance qui forcerait la compagnie à accorder un rabais raisonnable.

M. McCain: Monsieur le président, on aurait dû me dire cela lorsque je posais ma question. Car, dans ces circonstances, le petit entrepreneur ne pourra jamais devenir aussi gros que la maison Eaton parce qu'il ne pourra pas résister assez longtemps.

M. Affleck: C'est exactement ce que j'allais dire.

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Je dois avouer que dans le passé, monsieur McCain, j'ai travaillé pour de grandes sociétés et d'autres moins grandes, et j'avais à préparer l'échelle des rabais dans l'intention de favoriser les grands acheteurs par rapport aux petits. Ce n'était pas très difficile car tout se résumait à une question de quantité. Et je crois que le nouveau paragraphe

[Texte]

that man to commence his own action, not to go all the way through the action but to obtain an injunction. If he could show to the courts that he is going to suffer irreparable harm, should this conduct continue and he loses all his sales to Eaton's or to Simpson's because he is being discriminated against in a way not provided for by this act, he could get a remedy, I suggest to you, at pretty low cost. And I would also suggest to you that if he has a good cause of action that that will probably be as far as he has to go, because my experience would indicate that that case probably will be settled very quickly after he makes his prima facie case and gets his injunction. So I think there is something in here for the small businessman in that respect. He can go to the court, he can get an injunction, or any other extraordinary remedy, if he can prove his case.

Mr. Huntington: Are you saying that 31.1, as amended, changes the situation that exists now and that he does not have that right now under the present Act?

Mr. Affleck: That is an interesting question. I have often thought that maybe in the discretion of the court or in the inherent jurisdiction of the court he might have a remedy to go and get an injunction. But it is a difficult point of law to say that when you are accusing somebody of committing an offence that you can get an injunction prior to proving the offence. In other words, it is like charging somebody with a conspiracy and getting an injunction to stop the conspiracy before you have proved it.

Mr. Huntington: May I follow up on this point, Mr. Chairman?

The Chairman: If it is agreeable to Mr. McCain.

Mr. McCain: I have one more question I want to ask. You leave me time for one more question and then let him carry on.

Mr. Huntington: Just on one point, I can remember a most interesting conversation with Mr. Bertrand before the Miscellaneous Estimates Committee when we were discussing the plight of the gas station operator who was a lessee of a large company, who now finds the company that he has contracted with for supplies and his real estate opening up one block away and selling gas to the same customer at a price equal to that which he is purchasing from the truck of the gas company. Now at that time Mr. Bertrand said that the new act, if given speedy passage, would correct this distortion or unfair trade practice. Does Section 31.1, as amended, correct this, or are we back into 31.73 and 31.77 on this particular point.

The Chairman: Mr. Bertrand.

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I think in this particular instance you are back on the monopolization sections, 31.72—31.73, where it says precisely, in respect of the case to which you refer: is eliminating a competitor by deliberately narrowing the margin between the cost to the customer and the price the customer can obtain in the market where the customer is also a competitor.

[Traduction]

231.1 offre un recours à votre ami, car il permet à un particulier d'intenter des poursuites sans avoir à aller jusqu'au bout puisqu'il peut désormais obtenir une injonction. Si votre ami peut démontrer au juge d'un tribunal que ce genre de mesure lui cause des dommages irréparables et qu'il perd des ventes au profit de la maison Eaton ou de la maison Simpson parce qu'il fait l'objet d'un genre de discrimination que les dispositions de la loi ne prévoient pas, il pourrait jouir de ce recours, sans qu'il lui en coûte beaucoup. Je pense que si sa cause est bien fondée, cela s'arrêtera là, car je sais d'expérience que tout ira rapidement une fois qu'il aura établi la présomption et obtenu une injonction. Voilà donc un élément en faveur du petit entrepreneur. Il peut aller devant les tribunaux, il peut obtenir une injonction ou tout autre recours extraordinaire, s'il peut apporter les preuves à l'appui de sa cause.

M. Huntington: Vous dites que l'article 31.1, tel qu'amendé, modifie la situation actuelle, car ce droit n'existe pas en vertu de la loi actuelle, n'est-ce pas?

M. Affleck: Votre question est intéressante. J'ai souvent pensé qu'il se peut qu'à la discrétion du tribunal, un petit entrepreneur pourrait avoir un tel recours et obtenir une injonction. Il est difficile, en droit, de dire que lorsque quelqu'un est accusé de commettre une offense, la plaignant peut obtenir une injonction avant d'avoir apporté les preuves de son accusation. En d'autres termes, cela se résume à accuser quelqu'un de conspiration et à obtenir une injonction avant d'avoir apporté les preuves qu'il y a eu conspiration.

M. Huntington: J'aimerais poursuivre, monsieur le président.

Le président: Si M. McCain est d'accord.

M. McCain: Je n'ai qu'une seule autre question à poser. Permettez-moi de la poser et il pourra poursuivre.

M. Huntington: Un petit détail. Je me souviens d'une conversation des plus intéressantes avec M. Bertrand à l'occasion d'une séance du comité des Prévisions budgétaires. Il s'agissait du sort que l'on réserve au propriétaire d'une station-service qui est lié par un bail avec une grande compagnie. Voilà que, tout d'un coup la même compagnie signe un contrat de location et d'approvisionnement avec une autre station-service, un pâté de maison plus loin, laquelle vend l'essence au même client au même prix que le prix d'achat que, lui, doit verser à la compagnie. A ce moment-là, M. Bertrand nous a dit que la nouvelle loi, si elle était adoptée rapidement, corrigerait ce genre de pratique injuste. L'article 31.1, tel qu'amendé, corrige-t-il cela ou doit-on s'en remettre à l'article 31.73 et à l'article 31.77?

Le président: Monsieur Bertrand.

M. Bertrand: Je crois que cela dépend des dispositions sur les monopoles, dont traitent les articles 31.72 et 31.73. Ces articles s'appliquent directement au cas auquel vous faites allusion. Il s'agit de la suppression d'un concurrent en réduisant la marge entre le coût assumé par le client concurrent et le prix de revente qu'il peut obtenir sur le marché où le client est également un concurrent.

[Text]

Mr. Huntington: And that is the section that corrects this.

Mr. Bertrand: Yes.

The Chairman: Thank you very much. I see Mr. McCain is not here, so Dr. Philbrook is next.

Mr. Philbrook: Thank you, Mr. Chairman. I would like to give a short preamble and then I would like to go back to a question which Mr. Huntington and I were pursuing before. And I would like to finish this before it spins off into debate again, if I may.

First of all, as a true Liberal, I consider myself a free enterpriser, which means leave businessmen alone as much as possible and as long as nothing goes wrong. To me, this means to allow them to work a certain way, to have a certain work style, to make their contribution to society, and even to get ahead themselves, but not to exploit prices or power.

Dr. Armstrong referred to businessmen not being agreeable. I have experience in business and industry and I found them very agreeable with each other at times. Perhaps it has not worked out in Dr. Armstrong's setting, as a consultant. Perhaps they do not always agree on everything in front of him, and I think this is perfectly natural and I think I could call on my own experience in that respect. But I think they are capable of getting along very well with each other. That is not to criticize, but I think it is a fact of life.

• 1715

As I say, I have had some experience in industry and I had great admiration for the people I worked with and for industry. One of the things that puzzled me and upset me was that, in the time I was there—and this may have been a peculiar feature of that period—there did not really seem to be any competition on the basis of price. In fact, the rule of thumb was, charge what the market will bear. It was in a very competitive situation; a number of companies that had similar products and very little room to compete. And in spite of this there tended not to be competition on the basis of lowering your price, undercutting the other fellow, finding efficiency somewhere, which, as I say, puzzled me a great deal.

There was a tendency always to raise the price to the price of the chief competitor, the one that was most successful in the field that was selling the most of the same or similar product. This seemed to be something that happened automatically as an unwritten rule. And when somebody else took over and gained the largest share of the market, then everybody followed him with their prices but they followed him upward and not downward; there was no undercutting of prices.

Now, having said that—that is my preamble—I would like to get back to the question we were pursuing before in terms of the actual number of price-fixing cases. I think we got to a point of agreement on the one aspect, that it is only a small percentage of cases that come to our attention in price-fixing. And of all the price-setting instances in society, it is only a

[Translation]

M. Huntington: Voilà donc l'article qui permet de corriger ce genre de situation.

M. Bertrand: C'est cela.

Le président: Merci beaucoup. Je constate que M. McCain n'est plus ici. Monsieur Philbrook, vous avez la parole.

M. Philbrook: Merci, monsieur le président. Après un bref préambule, j'aimerais revenir à une question dont M. Huntington et moi-même avons parlé plus tôt. J'aimerais terminé cette question avant qu'elle ne soit plus sur le tapis.

En tant que véritable libéral, je me considère comme un entrepreneur libre et je réclame qu'on laisse les hommes d'affaires à leur guise autant que possible dans la mesure où il ne se passe rien de mal. Selon moi, cela signifie qu'on doit les laisser travailler d'une certaine façon, qu'on doit les laisser contribuer à l'avancement de la société et qu'on doit les laisser progresser sans exploiter les prix ou le pouvoir.

M. Armstrong a dit que les hommes d'affaires ne s'entendraient pas bien. L'expérience que j'ai du milieu des affaires et de l'industrie me prouve le contraire. Ils arrivent à s'entendre à l'occasion. Peut-être que M. Armstrong n'a pas eu la même expérience que moi en sa qualité de conseiller. Il se peut qu'en face de lui, ils ne se montrent pas d'accord, et c'est tout à fait naturel. Je crois cependant que les hommes d'affaires peuvent s'entendre très bien entre eux. Il ne s'agit pas ici d'une critique, mais tout simplement d'une réalité.

Je vous l'ai dit, j'ai une certaine expérience de l'industrie et j'ai beaucoup d'admiration pour les gens pour qui j'ai travaillé. Je ne sais si cela était particulier à la période où je m'y trouvais mais j'ai pu constater alors qu'il n'existait pas vraiment de concurrence au niveau des prix. Cela m'a alors étonné et inquiété. En fait, en règle générale, on exigeait le prix le plus élevé, compte tenu du marché. La situation était très concurrentielle. Un certain nombre de compagnies produisaient le même produit et la concurrence était restreinte. On n'essayait même pas de réduire les prix, d'imposer un prix inférieur à celui du concurrent, on n'essayait même pas de trouver des façons d'être plus efficace, et tout cela me laissait très perplexe.

On essayait toujours d'élever le prix au niveau du prix du concurrent principal, celui qui avait le plus de succès et qui vendait le plus. Il semblait que c'était là une règle admise de tous. Lorsqu'un autre concurrent obtenait l'hégémonie du marché, tout le monde se mettait à son diapason mais c'était toujours pour relever le prix et non pas pour le rabaisser. On n'essayait absolument pas de couper les prix.

Voilà pour mon préambule. J'aimerais revenir sur le nombre de cas où il s'est produit une certaine fixation des prix. Nous sommes d'accord, seul un petit nombre de cas sont portés à notre attention. Dans tous les cas de fixation des prix qui surviennent dans la société, seul un petit nombre attirent notre attention.

[Texte]

small number that actually attract our attention in terms of possible price-fixing.

So the number of cases is not great compared with the whole market picture. But I would like Professor Stanbury to discuss whether he thinks that small number nonetheless has a disproportionate effect on the market, whether that has leverage beyond the percentage incidence. Are those small number of price-fixing cases important in spite of the fact that they are few and far between?

The Chairman: Professor Stanbury.

Professor Stanbury: I would certainly think they are important. And I would like to add a comment about your findings about price. A famous Canadian businessman was quoted as saying that price competition is the last act of an impoverished mind.

But to go back to the other point about their significance, I think they are highly significant. And the fact that people can get away with it, in the odd situation where they are not prosecuted, is even more important.

But the other kind of thing that you observe more commonly is not price-fixing but the kind of conscious parallel behaviour that Don was talking about. My point here is that the bill as written in proposed Section 31.73 will not get at that unless it is accompanied by predatory and exclusionary kinds of behaviour. I think that is good, but I think it ought to go further because often that kind of keep-the-price-up attitude or keep-a-common-price that you have found is a result of some kind of what I call "plus factors" or "props" which are used to co-ordinate the behaviour of the firms. They do not get together and collude; that is clear. But they do, in effect, use body language to communicate with one another to maintain a high and fairly stable level of prices. And it is reflected in profits or, as I have indicated, perhaps in inefficiency.

Mr. Philbrook: Well, for example, they did not compete on price but there was pretty intense competition in their advertising. Now perhaps that is legitimate; perhaps it is not. I think you would have to analyse the type of advertising that went on.

But it went as far as some pretty esoteric methods of selling their product, of getting their product rolling. For example, load up the retailer with a high inventory and, in some magical, empirical fashion—they could not explain it—he sells a hell of a lot more of your product than the competitive products which are in there in small inventory. There are all kinds of techniques for doing this—sales promotions, load them up, and somehow or other your product will get rolling.

Now I do not know whether that is ethical or not but they certainly seemed to believe that it worked, and it certainly seemed to be somewhat removed from the general concepts of competition.

[Traduction]

Le nombre des cas est donc faible par rapport à l'ensemble du marché. J'aimerais que M. Stanbury nous dise si ces quelques cas n'ont pas néanmoins une incidence hors de proportion sur le marché? S'agit-il de cas de poids même s'ils ne sont pas fréquents?

Le président: Monsieur Stanbury.

M. Stanbury: Je crois que ces cas sont des cas de poids. J'aimerais ajouter quelque chose au sujet des prix. Un homme d'affaires canadien célèbre a dit que la concurrence des prix était le fait d'un esprit faible.

Je crois que les quelques cas de fixation des prix ont leur importance. Mais ce qui est encore plus important c'est le fait que dans certains cas ils échappent à toute sanction.

On observe, et c'est plus courant que la fixation des prix, une sorte de parallélisme intentionné dont Don parlait tout à l'heure. A mon avis, les dispositions du bill, à l'article 31.73 notamment, ne supprimeront pas ce genre de pratiques à moins qu'on ne puisse trouver qu'il s'agit de pratiques abusives. C'est très bien. Mais je pense qu'on doit aller encore plus loin car cette espèce d'entente sur le maintien d'un prix commun, constitue une surenchère qui est utilisée pour coordonner les activités des sociétés. Il n'y a pas de véritable coalition. C'est très clair. En fait, il y a une sorte de communication tacite qui vise à maintenir les prix à un niveau plutôt élevé et assez stable. Ces prix élevés se reflètent dans les bénéfices et, comme je le disais, cela entraîne une certaine inefficacité.

M. Philbrook: J'ai pu constater que l'on ne se faisait pas concurrence sur le prix mais que, néanmoins, on organisait des campagnes publicitaires intenses. Peut-être qu'on avait raison de le faire, peut-être que non. Pour en juger, il faudrait analyser la publicité. C'est ainsi qu'on avait recours à des méthodes assez originales pour vendre certains produits, pour lancer certains produits. Par exemple, on inondait un détaillant d'une façon tout à fait magique, et on ne savait pas très bien l'expliquer, de sorte que le détaillant vendait beaucoup plus d'un certain produit qu'il ne vendait d'un produit concurrent dont il avait très peu en stock.

Il y a toutes sortes de techniques pour accomplir cela: les ventes de promotion par exemple. Il s'agissait avant tout d'inonder un détaillant, et le produit était lancé.

Je ne sais pas si cela est très conforme à l'éthique, mais on était convaincu que la tactique fonctionnait même s'il semblait que cela n'était pas très conforme aux principes généraux de la concurrence.

[Text]

The Chairman: Professor Armstrong.

Mr. Armstrong: Could I respond to that? In the real world, with reasonably homogeneous products, of course you observe price uniformity. It cannot be any other way, particularly on *pro forma* price. If somebody charges a lower price, he sells everything, and if prices start coming down, they go out of business. That is just inevitable. And when you observe price leadership and price followership, that does not mean at all that there is no competition in that field. You have to go much beyond that and you have to step back and take an historical perspective. What is happening to the real price of that product over time? For most products in this country, the real time price—how long does the average workman have to work to be able to buy that product?—has fallen; it has not risen.

• 1720

Price performance, when you take a very long look at it, and remember inflation which effects everything, take that into account, price performance has been good; price performance has been so good that when we try to look for profits related to concentration, we do not really find them. Now, all right; the jury is out on this; there are many studies and so on but the rule which my colleague found that when you take into account the only things that are measured in concentration ratios—I have some cases in my submission I hope you will look at—which show how misleading the concentration issues are, but when you allow for that, you find that the observed tendency has not in fact produced abnormal profits for those firms. So I suggest to you that it was not a serious problem for the economy as a whole.

Mr. Philbrook: It depends on what you mean by abnormal profits; I do not know how you measure that. In the instances I am talking about, the companies with the lower prices involved at that time seemed to be making adequate profits. That was not the reason given for raising the prices, nor was inflation, nor was increased costs: the costs of their materials and labour and so on. The single reason given was that the top competitor, the one that had the highest volume of sales, was charging a higher price, therefore, obviously the market will bear more, therefore, we might as well all get in on the action.

It seems to me that traditionally, in our system, competition is important to make it work and competition is based on two things: the best possible quality with the lowest possible prices. And when I was a kid if you could lower the prices on your competitors you sold more and, therefore, you became the more successful company and the consumer benefited. I still do not understand what is going on. With this new system, if this works this way, it seems to me an inverse and perverse sort of economic process, then whether those profits are exorbitant or not because you can always do an endless amount of research to justify your excess profits, you can always do other things, you can always expand and establish more of a monopoly, but in the meantime the consumer is paying more for the product than he needs to pay and we are feeling inflation.

[Translation]

Le président: Monsieur Armstrong.

M. Armstrong: J'aimerais répondre à cette question. Dans la réalité, si des produits sont assez homogènes, l'uniformité des prix est indéniable. Il est impossible qu'il en soit autrement, surtout un prix *pro forma*. Si un fabricant exige un prix inférieur, il vendra tous ses stocks, mais si les prix tombent, il fera faillite, c'est inévitable. Lorsque l'on constate qu'il y a une hégémonie, cela ne veut pas dire que la concurrence est totalement absente. Il faut dépasser le cadre de l'évidence et examiner les choses en perspective. On doit se demander quelle transformation le prix réel a subie. Pour la plupart des produits vendus au pays, le véritable prix-temps qui correspond à la durée de travail moyenne qui permet à un travailleur d'acheter ce produit, a baissé. Il n'a pas augmenté.

Les prix se sont maintenus, lorsque l'on tient compte de l'inflation et d'autres facteurs. Les prix se sont maintenus car lorsqu'on examine les bénéfices par rapport à la concentration des entreprises, on ne trouve rien à redire. Voilà dans quelle position se trouve un jury. On a beaucoup fait d'études là-dessus mais il faut revenir à la règle dont mon collègue est l'auteur. Lorsqu'on ne tient compte que de facteurs mesurés du point de vue du taux de concentration, et je vous en cite certains cas dans mon mémoire, on constate que ces hypothèses sont trompeuses. Si d'autre part on tient compte de cela, on remarque qu'en général le niveau des bénéfices n'est pas normal. Voilà pourquoi j'ai dit qu'il ne s'agit pas de problèmes très graves pour l'économie en général.

M. Philbrook: Tout dépend de votre définition des bénéfices anormaux. Je ne sais pas comment vous vous y prenez pour les mesurer. Dans les cas auxquels je songe, les sociétés qui imposaient un prix moins élevé n'en réalisaient pas moins des profits assez rondelets. Ce n'était pas pour relever le niveau des profits qu'on relevait les prix. Ce n'était pas à cause de l'inflation ni à cause d'une augmentation du prix de revient: coûts des matériaux ou de la main-d'œuvre, etc. L'unique raison qu'on donnait était la suivante: le concurrent principal, celui qui avait le gros volume de ventes, exigeait un prix plus élevé et, de toute évidence, le marché s'y prêtait, voilà donc pourquoi on se sentait justifié de relever les prix.

A mon avis, notre système classique est fondé sur la concurrence, laquelle est fondée à son tour sur deux éléments: la meilleure qualité possible au plus bas prix possible. Lorsque j'étais jeune, on pouvait rabaisser son prix par rapport à celui de ces concurrents, on vendait plus. La société devenant plus prospère, le consommateur en profitait. Je ne comprends pas encore comment les choses marchent. Dans le nouveau système, il me semble qu'il s'agit d'un progrès économique rétrograde et infructueux car pour justifier les profits exorbitants réalisés on peut toujours faire des tas de recherches comme on peut également étendre un monopole, mais le consommateur est celui qui, en payant plus qu'il n'est nécessaire pour certains produits, fait face aux actes de l'inflation.

[Texte]

Professor Stanbury: May I suggest, Dr. Philbrook, with your permission, Mr. Chairman, that you are extremely perceptive. What you have discovered is simply oligopolistic industries and their pricing behaviour. I think you have described it as well as anyone possibly could.

The Chairman: Yes, Dr. Armstrong. Proceed.

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, let me point out that if this is a problem for society it would show up in the research. It would show up that these companies are making excessive profits and there is no evidence of that.

Mr. Davidson: Yes, but the costs are excessive.

Mr. Armstrong: If we did turn the companies over to economists to run they would do a better job; I think that, if I may say so, is a lot of nonsense. I think businessmen work pretty hard; there is no defence, no defence for the businessman at all against competition except to have the best product and the lowest cost. And 99.9 per cent of all businessmen I have ever met have worked very hard to achieve that and that is what competition is all about, oligopoly or not.

Mr. Philbrook: I would agree that these businessmen work hard. They worked hard at what they were doing, doing the things I have just described. They certainly did not listen to economists in this case.

Mr. Armstrong: Very wise. Very wise.

Mr. Philbrook: These were hard-nosed practical businessmen who did the things they thought needed to be done to capture the market.

The Chairman: Thank you very much. Mr. McCain.

Mr. McCain: Mr. Chairman, one thing that has rarely been discussed in this Committee when I was here is the aspect of class action. Now, it may have been discussed in depth when I was not here and if I become repetitive please shut me off because I have missed some meetings here.

I would like to hear from these two witnesses, and I rather suspect I will get differing opinions and I hope I do, is there anything to gain by class action being taken or being permitted under law that could not be better, more economically to society as a whole and to the consumer in particular, obtained by the administration of an act which did not necessarily allow class action but did allow government action where a consumer is being abused.

• 1725

Professor Stanbury: I want to make sure I understand the question, Mr. McCain. Are you suggesting . . .

Mr. McCain: Is there a social and economic advantage to the consumer and to society as a whole by the permission of class action under this or any other legislation?

Professor Stanbury: Yes. I would answer quite simply yes, and I think for a number of reasons. The evidence that I have is that the deterrent effect of the fines in criminal cases is simply inadequate; we find corporate recidivism. Second, there is the problem of unjust enrichment. Why should a corporation

[Traduction]

M. Stanbury: Monsieur Philbrook, vos remarques sont très perspicaces. Vous venez de découvrir les oligopoles et leur façon d'imposer les prix. Vous avez très bien décrit le système.

Le président: Monsieur Armstrong, allez-y.

M. Armstrong: Monsieur le président, si cela constitue un problème pour la société, la recherche l'indiquerait. On pourrait démontrer que ces sociétés réalisent des profits exorbitants, nous n'en avons cependant pas la preuve.

M. Davidson: Il ne faut pas oublier que les coûts sont exorbitants également.

M. Armstrong: Si c'étaient des économistes qui dirigeaient les sociétés, tout irait mieux. Je crois que c'est insensé cependant. Je crois que les hommes d'affaires travaillent dur. Je crois que les hommes d'affaires ne peuvent pas parer à la concurrence sauf en essayant de produire le meilleur produit au coût le plus bas. Et 99.9 p. 100 des hommes d'affaires avec qui j'ai travaillé s'emploient à réaliser cela et voilà à quoi rime la concurrence, que les oligopoles existent ou non.

M. Philbrook: Je ne conteste pas que les hommes d'affaires travaillent dur. Ils s'emploient à faire ce que je viens de décrire. Ils n'ont pas attendu que les économistes leur disent quoi faire.

M. Armstrong: Très juste.

M. Philbrook: Il s'agit ici d'hommes d'affaires avisés qui ont fait le nécessaire pour accaparer un marché.

Le président: Merci beaucoup. Monsieur McCain.

M. McCain: On a très peu parlé ici des actions collectives. Il se peut qu'on en ait parlé quand je n'étais pas ici, et si donc je répète ce qui a déjà été dit, signalez-le moi.

J'aimerais que nos témoins nous disent si les actions collectives pourraient servir à quelque chose. Je soupçonne que j'obtiendrai des opinions divergeantes, je l'espère du moins. Je me demande si, au lieu d'avoir recours à des actions collectives, nous n'obtiendrions pas plus, de façon plus rentable, pour la société en général et le consommateur en particulier, en insérant dans la loi une procédure qui permettrait au gouvernement d'intenter des poursuites lorsqu'un consommateur a été lésé.

M. Stanbury: Je voudrais être certain de comprendre votre question, monsieur McCain. Dites-vous que . . .

M. McCain: Le consommateur et la société profiteront-ils sur le plan social et économique du fait que la présente ou d'autres lois autorisent des poursuites collectives?

M. Stanbury: Oui. Oui, tout simplement et pour de nombreuses raisons. J'ai trouvé que les amendes imposés dans des causes criminelles n'ont pas d'effet préventif; les sociétés ont tendance à récidiver. Deuxièmement, il y a le problème de l'enrichissement injuste. Pourquoi une société devrait-elle pou-

[Text]

which rips off, to use the current phrase, thousands of consumers for a few dollars each, be able to get away with it whereas if they ripped off another large corporation for a few hundreds of thousands of dollars would be automatically sued or under proposed Section 31.1. Those are the two reasons that I see, the unjust enrichment concern and the question of adequate deterrents, because criminal fines are simply not adequate.

Dr. Armstrong: Mr. Chairman, my answer to that is that if I perceive a problem then I have to find a solution. If I do not see a problem I do not worry about the solution. Obviously my view of competition in the market is that it is pretty efficient as it is. I think we are burdening it unnecessarily with added rules and regulations, including the rules and regulations on mergers as well as on class action. I think class actions are very good news for the lawyers and I think if I were not an economist I would be a lawyer. Because that is all I see coming out of it.

Mr. McCain: Would they not be inclined to increase the industrial necessity for profit rather than be beneficial to the consumer? The producer has to protect himself because of potential class action. Therefore he has to build in an additional protection for himself in the form of additional profit, so is there really in the long run a social gain, assuming that you have action of the courts? I submit to you that once a company is found guilty, if it is found guilty twice for the same offence, that fine is not going to be the same size and is going to scare a lot of others, as I know from personal experience that it has. You are suggesting that class action is not necessarily beneficial to the consumer and society as a whole. You have taken the opposite view.

Professor Stanbury: And I recognize that there will be what economists call transaction costs in undertaking them. My concern is that if the firms want to behave in a way that in fact follows the law, then it is unlikely that they will inflict damage of the kind that will become the subject of class actions. If you are not engaged in a price-fixing conspiracy or misleading advertising offence, how can there be damage? Therefore, how can there be a class action to follow it? That is the best offence the firms have; not marking up their prices to accommodate any potential loss due to a class action.

Mr. McCain: Your statement would be fine provided you had an explicit law rather than an implicit one. The phrase has been used earlier in some of these sections where there is an element of opportunity by virtue of a combination of indirect statement in sections of the act and its possible modification by its preamble that who knows until the court decides. That is the problem that has been presented to us as to whether or not class action is going to be effective, and will it be the same in any two instances provided you have different judges and different lawyers under this act and its preamble?

Professor Stanbury: But I would argue that in practical cases class actions will occur under two situations. One, following a criminal conviction, and second, following the violation of an order, and I think those are fairly unambiguous.

The Chairman: Thank you very much, Mr. McCain.
Monsieur Clermont.

[Translation]

voir voler quelques dollars à des milliers de consommateurs tous les jours, tandis que, si elle volait quelques centaines de milliers de dollars à une autre grande société, elle serait automatiquement inculpée en vertu de l'article 31.1. Voilà, à mon avis, les deux problèmes: l'enrichissement injuste et l'insuffisance des amendes.

M. Armstrong: Monsieur le président, je crois qu'il faut chercher des solutions à des problèmes qui existent réellement. S'il n'y a pas de problème, pourquoi se préoccuper de trouver une solution? Il va sans dire qu'à mon avis, le marché est déjà assez efficace. Je crois qu'il sera inutile d'ajouter des dispositions et des règlements concernant les fusions et les actions collectives. Je crois que les actions collectives profiteront beaucoup aux avocats et si je n'étais pas économiste, je serais avocat moi aussi. Voilà ce que je prévois comme résultat.

M. McCain: Les actions collectives n'auraient-elles pas tendance à augmenter les profits des sociétés plutôt qu'à bénéficier aux consommateurs? Le producteur devra se protéger contre la possibilité d'actions collectives. A cette fin, il augmentera sa marge de profits. La société va-t-elle vraiment en profiter à la longue? Je vous soumetts que si une société est déclarée coupable deux fois de la même infraction, l'amende augmentera et les autres seront effrayées. C'est ce que j'ai vu arriver. Vous dites que l'action collective ne profitera pas nécessairement aux consommateurs et à la société. Vous avez adopté l'avis contraire.

M. Stanbury: Je reconnais que les actions collectives entraîneront ce que les économistes appellent des frais de transaction. Mais si la société ne contrevient pas à la loi, il est improbable qu'elle fasse l'objet d'une poursuite collective. Si elle ne participe pas à la fixation des prix ou qu'elle ne fasse pas de la publicité trompeuse, quels dommages-intérêts pourrait-il y avoir? Et comment pourrait-il y avoir une action collective? Voilà la meilleure offensive que les sociétés pourraient adopter: de ne pas augmenter leurs prix pour faire face à des actions collectives possibles.

M. McCain: Votre raisonnement vaut dans la mesure où la situation est explicite et non pas implicite. On a laissé entendre qu'en vertu de certains articles de la loi et d'une modification possible de son préambule, personne ne pourrait déterminer l'enjeu d'une action collective avant d'entendre la décision du tribunal. Voilà un problème qui nous a été signalé. Les décisions varieront selon les interprétations qu'accordent les différents juges et avocats à la loi et à son préambule.

M. Stanbury: Mais je vous soumetts qu'en pratique, deux situations donneront lieu à des actions collectives. La première, une condamnation au criminel, la deuxième, la contravention d'une ordonnance. Je n'y vois pas beaucoup d'ambiguïté.

Le président: Merci beaucoup, monsieur McCain.
Mr. Clermont.

[Texte]

M. Clermont: Est-ce que je pourrais savoir ce que pense notre conseiller juridique, M. Affleck, de l'interprétation qui a été donnée par nos deux témoins de cet après-midi?

The Chairman: Monsieur Bertrand, with respect to . . .

Mr. Clermont: No, I said our legal counsel.

The Chairman: I am sorry. I thought I heard you say witness; it may be in the interpretation.

Mr. Affleck.

In respect of the conditions under which class actions would occur.

M. Clermont: Monsieur le président, nos deux témoins ne nous ont pas donné tout à fait les mêmes réponses, comme notre collègue, M. McCain, s'y attendait; alors, moi, en tant que membre de ce Comité, j'aimerais savoir ce que pense notre conseiller juridique de cette question. Et si M. Bertrand veut s'aventurer, si je peux employer cette expression, en ce qui me regarde, il est le bienvenu.

• 1730

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: Mr. Chairman, Mr. McCain's point is certainly an interesting one. I would first of all like to point out that most of the sections that we have been talking about that have been causing some of the witnesses concern are found in proposed Part V.I of the bill and there will not be a class action instituted as a result of any conduct that leads to a Competition Board order against such a company unless, of course, the company breaches the order. And so I think the corporation or the individual concerned with have plenty of notice about the conduct being referred to.

The other interesting point, and I think it was raised by Mr. Gray early on in the proceeding, is that a person injured in a motor vehicle accident through no fault of his own is entitled to recover his damages. Motor vehicle law in this country has not been necessarily clear throughout the years. The criminal law is not necessarily clear but there does not seem to have been any suggestion by the populace in general that because the motor vehicle law is not clear, we should have no right of recovery for somebody who was injured in a motor vehicle accident.

The only concern that perhaps I have within the class action concerns the return of the money recovered to the members of the class. The substitute action gives me some concern, Mr. Clermont, in that respect. I would prefer if some way could be found so that instead of the money going into the Consolidated Revenue Fund, it was returned to the consumers from whom it was taken.

Mr. Clermont: How can it be done, though?

Mr. Affleck: Well, the Anti-Inflation Board, certainly with respect to excess revenue, has instituted procedures whereby corporations return it at least to the purchasers of the same product. Perhaps the section should be drafted so that a substitute action will only go forward where a plan can be presented to the court that is acceptable for the return of the

[Traduction]

Mr. Clermont: Could I ask what our legal advisor, Mr. Affleck, thinks of what our two witnesses have said this afternoon?

Le président: Monsieur Bertrand, par rapport à . . .

M. Clermont: Non, j'ai dit notre conseiller juridique.

Le président: Je m'excuse. Je croyais que vous vouliez dire les témoins; l'interprétation a dû faire défaut.

Monsieur Affleck.

Par rapport aux conditions dans lesquelles les actions collectives pourraient être entamées.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, since the two witnesses have not, as Mr. McCain expected, given the same answers, I would like, as a member of the Committee, to know what our legal counsel thinks of the matter. And if Mr. Bertrand wants to venture an opinion, if I may use the expression, he is perfectly welcome to do so.

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Monsieur le président, la question soulevée par M. McCain est certainement intéressante. Je voudrais d'abord signaler que la plupart des articles que nous discutons et qui semblent préoccuper les témoins se trouvent à la Partie V.1 du bill, et qu'une pratique qui nécessite l'émission d'une ordonnance de la Commission contre une telle compagnie ne peut faire l'objet d'une action collective à moins, bien sûr, que la société ne contrevienne à l'ordonnance. Je crois donc que la société ou le particulier en question sera prévenu assez à l'avance si son comportement contrevient à un règlement quelconque.

Le deuxième point intéressant était soulevé, je crois, par M. Gray, qui a signalé que la victime d'un accident d'automobile, s'il n'en est pas responsable, a droit à des dommages-intérêts. La Loi sur les automobiles n'a pas toujours été très claire. Or, le Code criminel n'est pas non plus très clair, mais le public ne semble pas protester qu'à cause du manque de précision de la Loi sur les automobiles, personne ne devrait avoir droit à ces dommages-intérêts.

Si la question des actions collectives me préoccupe, c'est du point de vue de la distribution des fonds récupérés parmi ceux qui ont entamé l'action. De ce point de vue-là, monsieur Clermont, l'action indirecte me préoccupe également. Je préférerais que l'argent récupéré soit rendu directement aux consolidés.

M. Clermont: Comment pourrait-on le faire?

M. Affleck: Eh bien, la Commission de lutte contre l'inflation a exigé des sociétés qui ont réalisé des profits excessifs d'en rendre au moins une partie aux acheteurs du produit en question. Il serait peut-être possible de rédiger la section de façon à exiger qu'une demande de poursuite indirecte soit accompagnée d'un document démontrant comment les sommes

[Text]

money to the consumers involved in the class action. That may not be a workable suggestion but I think it is a good one.

The other concern I would have is to make sure that the damage payments do not end up in the lawyers' pockets completely.

Ralph Nader, down in the United States, has said that his philosophy with respect to class actions is that their aim is achieved with equal effectiveness whether the damage payments are made to actual victims, victims' lawyers or someone selected at random from the telephone book. Now, I do not think that that is the type of system that we want here and I think to a large measure certain areas of the class action section have gone to try to prevent such a thing occurring, and that is why we have the substitute action.

So those are my views, Mr. Clermont, and thank you for the opportunity.

M. Clermont: Monsieur le président, est-ce que M. Bertrand voudrait ajouter quelque chose à propos de cette question?

Mr. Bertrand: I think, Mr. Chairman, some very valid points have been made, and suggestions, and I would like to think about them.

The Chairman: We may more directly draw your attention to that at a later date.

Mr. Bertrand: I presume so, Mr. Chairman.

The Chairman: Mr. Clermont, thanks you very much.

I would like to ask a kind of general question. I think before that, though, if I recall correctly, Professor Armstrong wanted to make a comment as well in respect to this exchange.

Dr. Armstrong: I wanted to comment on this merger and the 20 per cent rule. I am not a great champion of mergers but I do not think they do much damage, and they may do some good. At least we have no evidence that they have led to concentration which has done any damage.

I think it would be very hard to attack the beer case and show that there has been even a reduction in choice over time for beer drinkers in America. If you go back to the eighteenth-eighties, you will find that we had something like 176 companies. I have forgotten the exact number.

• 1735

Mr. Affleck: One hundred and sixty-four.

Mr. Armstrong: Thank you. But if you looked at the amount of choice that one beer drinker had, it was quite limited. And when you look at it today, the amount of choices that he has is about the same.

Mr. Affleck: All coming from three companies.

Mr. Armstrong: Three companies, plus a few independents, plus some imports. But that is what he had before. He had relatively few companies. You never had a point where one man sitting in a tavern could order one of over a hundred kinds of beer. That never existed. That is one of the myths of the golden past. In fact, we live with oligopoly in most aspects of

[Translation]

recupérées seront rendues aux participants à l'action. Ce n'est peut-être pas une proposition très pratique, mais je crois qu'elle est valable.

D'autre part, je ne voudrais pas que tous les dommages-intérêts aboutissent dans les goussets des avocats.

Ralph Nader a dit des actions collectives entamées aux États-Unis que leur efficacité reste la même, que les dommages-intérêts soient versés aux victimes véritables, aux avocats des victimes ou à une personne choisie au hasard dans l'annuaire téléphonique. Nous ne voulons pas que la même chose arrive ici et je crois que l'article relatif aux actions collectives tente d'empêcher la même chose de se produire. C'est pourquoi nous avons prévu des actions indirectes.

Voilà mon opinion, monsieur Clermont, et je vous remercie de m'avoir donné l'occasion de l'exprimer.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, would Mr. Bertrand like to add something on this?

M. Bertrand: Je crois, monsieur le président, que je préférerais réfléchir sur les observations très valables qu'on vient de faire.

Le président: Nous pourrions peut-être y revenir plus tard.

M. Bertrand: Probablement, monsieur le président.

Le président: Merci beaucoup, monsieur Clermont.

Je voudrais poser une question d'ordre général. Mais auparavant, je crois que le professeur Armstrong voudrait ajouter un commentaire à ce sujet.

M. Armstrong: Je voulais faire une remarque sur le seuil de 20 p. 100 qui s'applique aux fusions. Je ne suis pas très en faveur des fusions, mais je crois qu'elles ne font pas beaucoup de tort et qu'elles font parfois du bien. Du moins, nous n'avons pas eu de preuve qu'elles mènent à une concentration nuisible.

Je crois qu'il serait fort difficile d'attaquer cette cause de la bière et de prouver que les buveurs en Amérique ont de moins en moins de choix. Si vous en revenez aux années 1880, vous découvrirez qu'il existait quelque chose comme 176 sociétés...

M. Affleck: Cent soixante-quatre.

M. Armstrong: Merci. Mais si vous considérez le choix qu'avait un buveur de bière à l'époque il était assez limité, mais aujourd'hui son choix est à peu près le même.

M. Affleck: Toutes les bières proviennent de trois sociétés.

M. Armstrong: Trois sociétés, plus quelques compagnies indépendantes, plus de l'importation. Mais c'est ce que nous avions auparavant, soit très peu de sociétés. Une personne en train de boire dans une taverne n'a jamais eu la possibilité de commander une marque sur cent marques de bière. Cette situation n'a jamais existé, et c'est là un des mythes de l'âge

[Texte]

our lives, our choice of our girl friends, our wives, our choice of our jobs. We go after a relatively limited choice.

The Chairman: Speak for yourself.

An hon. Member: That probably accounts for the high divorce rate.

Mr. Huntington: a very restricted market.

Mr. Armstrong: I have to broaden my appeal. At any rate, a great deal could be said on the individual cases. I think the Department has lost the cases they deserve to lose. However, let me just say one thing. Twenty per cent of any market—I cannot imagine a merger that would go through without affecting 20 per cent of some market somewhere, sometime. That is a terribly restrictive thing. That means that there will not be any mergers that do not go through the procedures outlined here, and that is an awful lot of administration. I think that should be raised.

The Chairman: Mr. Davidson wants to comment.

Mr. Davidson: Yes, Mr. Chairman. I want to comment on the last statement made by Professor Armstrong, that the Department has lost the cases it deserves to lose in this merger monopoly area. He made that same statement at Laval a year ago, and I responded to that statement then in quite some detail, after which he said, I agree that that kind of conduct is reprehensible and ought to have been condemned. We could go through the same exercise again.

I could take Eddy Match and I could say Eddy Match engaged in the use of fighting brands, which they produced to destroy each new arrival on the scene, and then they withdrew their fighting brand and it did not appear again until some other new entrant arrived on the scene. In fact, the evidence on that was so overwhelming that the expression "fighting brands" is now used in the international vocabulary on restrictive business practices.

A year ago Professor Armstrong thought that was reprehensible, and that was the kind of thing we should go after.

Similarly in the B.C. sugar case I could go into detail. The B.C. sugar case was one that the Crown lost. Professor Armstrong a year ago thought the conduct that was disclosed in that case was very reprehensible. I find it very difficult to understand why he now returns to the proposition that the Crown lost the cases it deserved to lose.

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, I do not see the relevance of that. I was commenting on conduct. I am not commenting on mergers as such, and I am not commenting now on conduct. I am commenting on mergers.

[Traduction]

d'or de l'ancien temps. En fait, nous sommes limités dans notre choix, c'est un oligopole, pour la plupart des aspects de notre vie. Nous sommes limités dans le choix de nos bonnes amies, de nos femmes, de nos emplois. Le choix est relativement limité.

Le président: C'est vous qui le dites.

Une voix: C'est probablement pourquoi il y a un si fort taux de divorces.

M. Huntington: Un marché fort restreint.

M. Armstrong: Il me faut élargir mon appel. On pourrait discuter longuement des causes individuelles et je crois que le ministère a perdu les causes qu'il méritait de perdre. Pourtant, je dirais que 20 p. 100 de tout marché, et je ne puis imaginer de fusion qui ne viserait pas au moins 20 p. 100 du marché quelque part, cela représente quelque chose de très limité. Cela veut dire que les procédures ici toucheront toutes les fusions, et cela représente énormément d'administration. Je crois que cette question doit être posée.

Le président: M. Davidson veut apporter ses commentaires.

M. Davidson: Oui, monsieur le président, je veux discuter de la dernière déclaration faite par le professeur Armstrong, soit du fait qu'il a indiqué que le ministère avait perdu les causes qu'il méritait de perdre dans ce domaine des fusions, des monopoles. M. Armstrong avait fait la même déclaration à Laval il y a un an, et j'avais alors répondu d'une façon très détaillée, et à la suite de ma réponse, il avait admis être d'accord sur le fait que cette conduite était répréhensible et devait être condamnée. On pourrait recommencer.

Je pourrais discuter de la même façon dans le cas des allumettes de la société Eddy. Cette société avait lancé sur le marché des marques de commerce de combat, si on peut dire, et elles n'étaient là que pour détruire tous les nouveaux arrivés, aussi ces marques disparaissaient-elles lorsqu'il n'y avait plus d'ennemis, et réapparaissaient-elles lorsque de nouvelles marques concurrentes arrivaient sur le marché. Bref, les preuves ont été si accablantes que l'expression «marque de commerce de combat» fait maintenant partie intégrante du vocabulaire international des pratiques restrictives du commerce.

Il y a un an le professeur Armstrong avait considéré que cette situation était inadmissible et que nous devions nous en occuper.

Je pourrais aussi vous donner des détails de la cause du sucre en Colombie-Britannique. C'est une cause que la Couronne a perdue. Le professeur Armstrong, il y a un an, considérait que ce que l'on avait découvert dans ce cas était tout à fait répréhensible. J'ai du mal à comprendre pourquoi il nous dit maintenant que la Couronne a perdu des causes qu'elle méritait de perdre.

M. Armstrong: Monsieur le président, je ne pense pas que ce que vous dites est approprié; mes remarques portaient sur la conduite découverte dans ce cas. Je ne discutais pas alors des fusions en tant que telles, mais je discutais de la conduite répréhensible. Maintenant, je parle des fusions.

[Text]

The Chairman: I do not want to get into the dispute, but I thought there was a clear statement made that the Crown had lost the cases it deserved to lose . . .

Dr. Armstrong: Well, the beer case they deserved to lose.

The Chairman: . . . in a general sort of way. Mr. Davidson indicated that he had recalled that you yourself had not really agreed with that at an earlier date. That was the point he was addressing himself to.

Now we are about to adjourn. I would like to ask a general question.

Mr. Huntington: Mr. Chairman.

The Chairman: Oh, I am sorry. You wanted a second round. Go ahead.

• 1740

Mr. Huntington: There is another matter I have not heard mentioned here yet, concerning the discussions we have had on price. I have spent my lifetime in the business community and I remember going through an era where the occasional shortage of a consumer commodity started to show up. It was also an era that completed most of the price wars in the food industry. It was an era of consolidation into chains—a really wild, competitive market where a lot of people failed and money power played its part.

Following all of that, when the marketplace started to stabilize, we started to have supply failures and interruptions. Then I noticed the change in attitude whereby the professional buyer was not buying or making his purchasing decisions predicated on price and price alone. The most important aspect to that man responsible for keeping full shelves of stable commodities was continuity of supply. He no longer wanted the best price, but he placed a very market importance on continuity of supply: are my year's requirements taken care of? So he wanted assurance that the price at which he was buying was not being underquoted elsewhere to any of his competitors. His main emphasis was continuity of supply, which was all-important to the consumer whom that organization was serving.

I have also noticed from my experience in business that you never take your mind off serving the consumer. The second you fail to serve that consumer, you lose your retail shelf space in the other organization. The second you fail to deliver on time, the second you interrupt the turns on inventory investment they have, you just are not part and parcel of their continuum. These are the pressures that have been my life history in the game: you just cannot take your mind off that consumer; you cannot take your mind off psychological pricing.

I am sure you know of examples where a buyer has purchased seven carloads of a pea, they get three carloads out into the stream, then the thing sits on the shelf and will not repeat sell. You keep dropping the price all the way down but it still will not sell. Put it up two cents above any sale brand, and you can clear the shelf. So there are all these psychological factors that are part and parcel of this game.

[Translation]

Le président: Je ne veux pas entrer dans ce différend, mais je pensais qu'on avait clairement déclaré que la Couronne avait perdu les causes qu'elle méritait de perdre . . .

M. Armstrong: Oui, la cause de la bière qu'elle méritait de perdre.

Le président: . . . d'une façon générale. M. Davidson a indiqué qu'il se souvenait que vous n'étiez pas d'accord avec cela antérieurement.

Nous devons maintenant ajourner et je voudrais poser une question d'ordre général.

M. Huntington: Monsieur le président.

Le président: Je m'excuse, vous vouliez être mis pour la seconde série de questions; allez-y.

M. Huntington: Il y a une autre question qu'on n'a pas mentionné jusqu'ici, autant que je sache. Elle se rapporte aux discussions que nous avons eues au sujet des prix. J'ai passé ma vie dans les affaires et je me souviens des périodes où on manquait de certains produits de consommation. C'était aussi l'époque des prix de guerre dans l'industrie alimentaire et de l'intégration des magasins à succursales, soit d'un marché véritablement concurrentiel où il y a eu beaucoup de faillites et où la puissance de l'argent a joué son rôle.

A la suite de cette époque, lorsque le marché s'est stabilisé, nous avons commencé à manquer d'approvisionnements. Alors, j'ai remarqué le changement d'attitude, et l'acheteur professionnel n'achetait plus ou ne prenait plus ses décisions d'achat en tenant compte simplement du prix. Ce qui était le plus important pour les commerçants de produits stables, c'était de pouvoir continuer l'approvisionnement. On ne recherchait plus le meilleur prix mais on cherchait surtout la continuité de l'approvisionnement. On voulait s'assurer que le prix auquel on achetait n'était pas indiqué à des concurrents comme étant moins élevé. Ce qui était important, c'était la continuité de l'approvisionnement, qui revêtait une importance suprême, pour le consommateur que desservait cette organisation.

J'ai aussi remarqué, d'après mon expérience dans les affaires, qu'il ne faut jamais oublier le consommateur, autrement vous perdez votre marché du détail. Si vous ne fournissez pas en temps, si vous arrêtez vos investissements en stock, vous ne faites plus partie de la chaîne. Par conséquent, vous ne devez jamais oublier le consommateur, vous ne devez jamais oublier le côté psychologique de l'établissement des prix.

Je suis sûr que vous êtes au courant de cas où un acheteur a acheté sept wagons de pois mais n'en a reçu que trois, et par la suite ce produit restera sur les étagères sans être vendu. Il se peut que vous baissiez vos prix au maximum mais vous ne vendrez toujours pas, et dans d'autres cas, si vous les montez à 2c. au-dessus de toutes les autres marques, vous vendrez tout ce

[Texte]

Are you going to deny all those skills to the marketing process, and are you going to say that that particular example is an abuse to the consumer? Psychological pricing—you cannot price something at 23 cents and have it sell. It has to fit in at 25 or 29 cents, or 19 cents. All of these are forces in it. The marketplace and the consumer are very sophisticated, unbelievably difficult things to stay up on at all times, and these are the forces and the skills that are worked in the continuum of moving stable merchandise through to that consumer.

I just wanted to get that off my chest because there are factors other than price that are very dominant in the marketplace.

Mr. Chairman, if I may, I would like to come back to the constitution of the board. This has been a fascinating afternoon and we have had many presentations that have expressed concern at the constitution of the board. I think all of us sitting on the Committee have wondered at what the decisions of the board would be in trying to absorb the economic inputs to a better decision-making process.

If ever I have seen an example of how two different decisions would come down from the board, we have it here today. We have economists and professional people who are polarized and are oriented to points of view. For instance, Dr. Armstrong has put on the record that he is available as a consultant to industry. Professor Stanbury has presented us with a very extensive brief. Has this been done as a labour of love, part of the department of the university, or has it been done on behalf of a consumers' association?

Professor Stanbury: It is the desire to avoid the disease called "publish or perish" I want to avoid the perishing part.

• 1745

Mr. Huntington: Publish or perish. I have noticed that there is quite an extensive series of papers in this whole area of specialty that you have been responsible for. Do you work for the Consumers' Association of Canada?

Professor Stanbury: I have on occasion done so, yes.

Mr. Huntington: So this is just a publish or perish paper on this subject matter?

Professor Stanbury: That is correct, but I should point out as I do in the brief that it really contains parts of three different papers, two of which are not published and the third which I expect out any day now. I felt that because they were on matters dealing directly with the substance of the bill that I would include them in their entirety. There was also a time constraint under which brief writers were to suffer.

Mr. Huntington: And you are aware of the translation of pressures . . .

Professor Stanbury: I apologize for that, Mr. Chairman.

[Traduction]

que vous avez. Les facteurs psychologiques font donc partie de ce commerce.

Est-ce que vous allez supprimer toutes ces capacités, tous ces facteurs et prétendre qu'il s'agit là d'un abus qui lèse le consommateur? Il y a donc dans l'établissement des prix ce facteur psychologique qui joue. Un prix, par exemple, doit être entre 25c. et 29c. et non pas 23c. ou 19c. Le marché c'est quelque chose d'extrêmement compliqué et il est difficile d'y survivre, et ce sont toutes ces forces qui ont contribué à fournir un produit stable au consommateur.

Je voulais ainsi me soulager car, naturellement, il y a des facteurs autres que ceux des prix qui dominent le marché.

Si vous permettez, monsieur le président, je voudrais en revenir à l'établissement de cette commission. L'après-midi a été extrêmement intéressant et nous avons eu toutes sortes d'exposés où se manifestaient des inquiétudes à l'endroit de la constitution de cette commission. Je crois que nous tous, au Comité, nous nous sommes demandé comment la commission ferait pour tenir compte de l'apport de l'économie et prendre de meilleures décisions.

La présence ici aujourd'hui d'économistes et d'autres personnes de profession atteste de la divergence des décisions que pourrait rendre la Commission. Par exemple, M. Armstrong a indiqué qu'il était disponible pour être conseiller auprès de l'industrie. Le professeur Stanbury nous a fourni un mémoire très détaillé. Est-ce que ce travail est inspiré d'un esprit de désintéressement ou fait-il partie d'un service de l'université ou a-t-il été fait au nom de l'Association des consommateurs?

M. Stanbury: S'il s'agit d'éviter cette maladie dénommée «publier ou périr», je préfère ne pas périr.

M. Huntington: Publier ou périr. J'ai remarqué qu'il existe toute une série de documents dans cette spécialité dont vous avez été responsable. Travaillez-vous pour l'Association canadienne des consommateurs?

M. Stanbury: Cela m'est arrivé, oui.

M. Huntington: C'est donc un document que vous deviez absolument publier sur ce sujet?

M. Stanbury: Effectivement, mais je devrais signaler, comme je le fais dans le mémoire, que ce dernier comporte des éléments empruntés à trois documents différents, dont deux n'ont pas encore été publiés tandis que le troisième devrait l'être incessamment. Étant donné qu'ils se rattachent directement au projet de loi, j'ai jugé bon de les y inclure intégralement. Par ailleurs, les rédacteurs du mémoire ont dû se plier aux délais imposés.

M. Huntington: Et vous êtes conscient des pressions . . .

M. Stanbury: Je m'en excuse, monsieur le président.

[Text]

The Chairman: We appreciate the time constraints or we would have had to use a wheelbarrow to bring in this brief, I am afraid.

Mr. Huntington: I just want to emphasize the point that we have an example here today of the very wide interpretation problems the Board and the community are going to be faced with in the future. Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: Yes, Professor Stanbury.

Professor Stanbury: Just briefly, Mr. Huntington, I am not sure that it makes a great deal of difference whether the board faces them or a court. I think it is naive to suggest that the judges do not have values about economic systems, about economic behaviour, about economic evidence which comes in front of them. I think a careful reading of the judgments, at least the ones that I have seen, suggests that they have rather distinct opinions and I think I could find as much differences of opinion on economic matters in the courts as you see between Dr. Armstrong and myself, and expressed in the judgments.

Mr. Huntington: Are you suggesting that they go beyond facts presented as the basis of judgment?

Professor Stanbury: I think from time to time that inference could certainly be drawn.

Mr. Huntington: Now, the other night it was suggested that the matter remain with the courts and that we have extensive use of expert witnesses as is the case in marine and admiralty cases. Would that work in your opinion?

Professor Stanbury: I think that is a move in the right direction, but I do not think it is adequate. I still want an expert civil tribunal and I made the case for that in the brief, I think, at some length.

Mr. McCain: From which there is no appeal?

Professor Stanbury: I am sorry, there would be appeal according to Section 28 of the Federal Court Act and I certainly think that ought to be in there.

The Chairman: Thank you very much. Did you want to make a comment, Dr. Armstrong?

Mr. Armstrong: I think I could put a series of questions to a judge or to an academic or whatever and from the answers predict how he would come down on any of these issues. If you believe that the rich are getting richer and the poor are getting poorer; if you believe there is a corporate ripoff; if you believe profits are high; if you believe businessmen are lazy and tending to conspire; et cetera, if this is your perception of reality, then you are conditioned to believe certain things. Now, if you believe that all those things are not true and that the reverse is true, then you believe another set of things.

In this book, which is one you might read, it alternates between chapters; competition is good; concentration is good; concentration is bad. Here is something that kind of summarizes it:

When measurement is very difficult
as it is in this case

[Translation]

Le président: Heureusement qu'il y a eu ces détails, sinon il aurait fallu une brouette pour transporter ce mémoire.

M. Huntington: Je tiens à souligner que nous avons aujourd'hui un exemple des problèmes que va poser à la Commission et à la collectivité l'interprétation très large de ce projet de loi. Merci, monsieur le président.

Le président: Oui, monsieur Stanbury.

M. Stanbury: Une brève remarque, monsieur Huntington. Que ces problèmes se posent à la Commission ou à un tribunal, cela ne fait pas grande différence. Il est naïf de penser que dans le domaine de l'économie, les juges n'ont pas d'opinions personnelles sur les systèmes, les attitudes ou les témoignages qui leur sont présentés. Une lecture attentive des jugements, du moins d'après ce que j'en ai vu, révèle des divergences d'opinions aussi nettes que celles qui séparent M. Armstrong et moi-même.

M. Huntington: Voulez-vous dire qu'ils vont au-delà des faits sur lesquels s'appuie le jugement?

M. Stanbury: C'est sûrement ce qu'on pourrait parfois en déduire.

M. Huntington: On a suggéré l'autre soir que ce problème devrait rester du domaine des tribunaux et que nous devrions fréquemment faire appel à des spécialistes comme cela se fait dans le domaine de la marine. A votre avis, cela fonctionnerait-il?

M. Stanbury: Ce serait un progrès, mais je ne crois pas que cela suffise. Je voudrais quand même un tribunal civil spécialisé, et j'en parle longuement dans le mémoire.

M. McCain: Et dont les décisions seraient sans appel?

M. Stanbury: Excusez-moi, mais il serait possible de faire appel en vertu de l'article 28 de la Loi sur la cour fédérale, et cela devrait certainement être prévu.

Le président: Merci beaucoup. Avez-vous une remarque monsieur Armstrong?

M. Armstrong: Si je posais une série de questions à un juge ou à un universitaire, d'après les réponses que j'obtiendrais je pourrais prédire la manière dont ils réagiraient devant chacun de ces problèmes. Si vous pensez que les riches s'enrichissent et que les pauvres s'appauvrissent; si vous pensez que les sociétés vous exploitent; si vous pensez que les bénéfices sont élevés; si vous pensez que les entrepreneurs sont paresseux et qu'ils ont tendance à conspirer; si telle est votre perception de la réalité, vous êtes conditionnés à croire certaines choses. Mais si vous pensez exactement l'inverse, vos valeurs sont tout autres.

Dans cet ouvrage que je vous invite à lire, ces points de vue alternent d'un chapitre à l'autre: la concurrence est une bonne chose; la concentration est une bonne chose; la concentration est néfaste. Voici une phrase qui, en quelque sorte, le résume:

Toute évaluation quantitative est alors très difficile.
Par exemple:

[Texte]

economists like other people succumb to a very human temptation; they believe what they want to believe because there is no good reason to believe otherwise.

Be very careful when you pick that board and make sure you have—are you willing to serve on it Professor Stanbury—a diversity of views on that board, or it is going to reshape the country and we may not like the way it is reshaped.

Mr. McCain: The philosophy of the board then would be imposed upon the business of the day and the board could be changed by government appointment periodically and therefore there could be a direction-of-the-country change each time there was a change in the board. It depends on the philosophy of the appointee.

Mr. Armstrong: Yes.

The Chairman: I presume there is a presumption there that it is always going to be a Liberal government that would do that.

Mr. McCain: That is one of the things that we fear most.

• 1750

The Chairman: In any event, I wonder now if I might make a couple of comments and ask a question. Dr. Armstrong, there is an imputed underlying belief on your part that businessmen are all good, therefore we should not be legislating too much in respect to them. I do not deny that in the main they are, but does that mean that we should not try to legislate for those evils, however minute they may be from time to time, significant or otherwise?

I do not think everybody in society is a thief, but I do believe we should have a law to prohibit people from stealing from one another. The same would be true with murder and other things of that kind, however infinitesimal the rate of such offence happen to be. If you count all the people walking up and down the street every day and consider how many of them actually get murdered, I suppose you could say that we should not have a law against murder. I would not subscribe to that view. It seems to me that one has to look at abuses not uses. I suppose you really legislate abuses out of existence and you allow the rest to remain.

Dr. Philbrook said earlier that pricing is determined by whatever the market will bear, and I think there is no doubt about that. We have no law that I know of against charging too much for a product. The mechanism that appears to be in place in our kind of society is the laws of supply and demand; the laws of competition or regulation in some cases; or, I suppose, there are alternative ways of state control to look after this. We clearly have not opted for the latter. We have opted in some cases for regulation of certain activity. We appear to leave the whole question of reasonable treatment for consumers in the hands of plain competition; the market forces.

Again, I am really repeating myself to some extent. The purpose, as I view this particular proposed act, and the amendments inherent in it, is to ensure that competition will remain

[Traduction]

Comme beaucoup d'autres, les économistes succombent à une tentation très humaine; ils croient ce qu'ils veulent bien croire car il n'y a aucune raison de croire autrement.

Lorsque vous nommerez les membres de cette commission—êtes-vous prêt à en faire partie, monsieur Stanbury?—veuillez bien à ce qu'un éventail de points de vue y soient représentés, sinon le pays risquerait de se trouver transformé d'une manière qui ne nous plairait pas beaucoup.

M. McCain: Les principes de la Commission seraient alors imposés aux entreprises du moment et le gouvernement pourrait modifier périodiquement la composition de la Commission, ce qui entraînerait chaque fois un changement dans la direction du pays. Tout dépend des principes des membres de la Commission.

M. Armstrong: Oui.

Le président: On suppose que ce serait toujours un gouvernement libéral qui ferait cela.

M. McCain: C'est une des choses que nous redoutons le plus.

Le président: Quoi qu'il en soit, je voudrais faire quelques remarques et poser une question. Monsieur Armstrong, vous laissez entendre que tous les chefs d'entreprises sont bien intentionnés et qu'il ne faudrait donc pas trop les assujettir à une loi. Je ne nie pas que, dans l'ensemble, ils le soient, mais s'ensuit-il que nous devrions nous abstenir de légiférer en prévision de ces maux périodiques, quelle qu'en soit l'importance?

Tous les gens ne sont pas des voleurs, mais il faut une loi interdisant à quiconque de voler son prochain. C'est la même chose pour les meurtres, même si la fréquence en est infinitésimale. Si l'on compte les gens qui chaque jour arpentent les trottoirs et si l'on calcule combien parmi eux se font tuer, on peut en déduire qu'une loi contre le meurtre est inutile. Je n'adhère pas à cette opinion. Ce sont les abus et non l'usage qu'il faut prendre en considération. C'est contre les abus qu'on légifère, pour que le reste subsiste tel quel.

M. Philbrook a dit tout à l'heure que les prix sont déterminés par ce que le marché est en mesure d'absorber, et cela ne fait aucun doute. Aucune loi n'interdit de facturer un produit à un prix trop élevé. Notre société fonctionne, apparemment, selon les lois de l'offre et de la demande; les lois de la concurrence ou, dans certains cas, la réglementation; ou bien, je suppose qu'il existe d'autres solutions que le contrôle de l'État. Il est évident que nous n'avons pas opté pour cette dernière solution. Dans certains cas, nous avons opté pour une réglementation de certaines activités. La façon dont le consommateur est traité relève, semble-t-il, de la concurrence pure et simple et des forces du marché.

Là encore, je me répète. Selon moi, ce projet de loi et les amendements qui s'y rattachent ont pour but de veiller à ce que la concurrence subsiste tout en supprimant les abus, qu'ils

[Text]

in place; that abuses, however modest or infrequent they may be, do not occur. And for those who possess excessive power, which they may or may not abuse, and deprive them of the right of abusing such power. Now, surely in terms of principle, even our two witnesses could agree with that.

Professor Stanbury: Absolutely, Mr. Chairman.

The Chairman: Would you not agree that one has to rely on that and one has to keep it healthy? You say it already is, but some say, yes, it is largely, but there may be abuses and those abuses should not be allowed.

Mr. Armstrong: Abuses should not be allowed by definition. What is an abuse?

You said that not everybody is a murderer, but we have a law against murder. I say conspiracy is like murder, and we have a law against conspiracy. What I am concerned about is, in this new proposal you have created a new crime, conscious parallelism . . .

Mr. Affleck: No. That is not a crime, though.

Mr. Armstrong: All right, it is before the courts. It is a civil offence. And I do not think the state of economics and our knowledge of this subject is ready for that step, because I do not think we know enough about conscious parallelism to be able to implement this new provision of the proposed Act.

The Chairman: Is that the key concern that you have.

Mr. Armstrong: That is the key concern.

The Chairman: It is the key concern. I think it is important to get that right.

Mr. Armstrong: I am concerned about the merger clause because I think that is too high—the 20 per cent.

The Chairman: Yes. The threshold—you debate that and where it ought to be.

Mr. Armstrong: My poor father, in selling work gloves in Alberta, could very easily find himself in trouble under proposed Section 31.73—as could every other businessman in the country.

The Chairman: You are concerned, and I will let the others respond to that. I think it is an important point. Proposed Section 31.73, conscious parallelism, is the central and key concern. The second one that you have identified is the threshold in relationship to mergers.

Mr. Armstrong: Proposed Section 31.72, I think, is much the same thing. And then the threshold on mergers, I think, is too low.

The Chairman: Just to clarify the position that you are adopting, I gather that you agree there ought to be a threshold; that the provision is fine but the level of threshold, which is a value judgment, is wrong. Is that correct?

Mr. Armstrong: Yes, that is correct.

The Chairman: Now, let us have response from Mr. Bertrand in respect to proposed Section 31.72 and the conscious parallelism, as to whether, in the interpretation of the Director

[Translation]

soient fréquents ou peu nombreux. En outre, nous privons ceux qui jouissent de pouvoirs excessifs de la possibilité d'en abuser. Nos deux témoins en conviendront sûrement.

M. Stanbury: Absolument, monsieur le président.

Le président: Ne pensez-vous pas qu'il faille se fonder là-dessus et faire en sorte que cela fonctionne de manière saine? Vous dites qu'il en est déjà ainsi; d'autres affirment que c'est vrai en majeure partie mais qu'il peut y avoir des abus et que ces abus ne doivent pas être tolérés.

M. Armstrong: Par définition, les abus ne doivent pas être tolérés. Qu'est-ce qu'un abus?

Vous dites que tous les gens ne sont pas des assassins, mais nous avons une loi contre l'homicide. De même, nous avons une loi contre la conspiration. Ce qui me préoccupe, c'est que dans ce projet de loi vous avez créé un nouveau type de crime, à savoir l'orientation parallèle.

M. Affleck: Non. Ce n'est pas un crime.

M. Armstrong: D'accord, mais cela relève des tribunaux. C'est un délit au civil. Je ne crois pas que l'état de l'économie et la connaissance que nous en avons nous permettent de faire ce pas; l'orientation parallèle ne nous est pas suffisamment connue pour pouvoir appliquer cette nouvelle disposition du projet de loi.

Le président: Est-ce votre préoccupation majeure?

M. Armstrong: C'est notre préoccupation majeure.

Le président: C'est la préoccupation majeure. Il importe que ce soit clair.

M. Armstrong: L'article sur les fusions me préoccupe car je pense que le chiffre de 20 p. 100 est trop élevé.

Le président: Oui, le seuil. Discutez-en et dites-nous où il devrait se situer.

M. Armstrong: L'article 31.73 aurait très bien pu causer des ennuis à mon pauvre père qui vendait des gants en Alberta, tout comme à n'importe quel autre entrepreneur du pays.

Le président: Je vais demander aux autres de répondre. C'est important. L'article 31.73 qui porte sur l'orientation parallèle, constitue la préoccupation majeure. Vient en deuxième lieu le seuil s'appliquant aux fusions.

M. Armstrong: L'article 31.72 est très semblable. Le seuil qui s'applique aux fusions est trop bas.

Le président: Je voudrais être sûr de votre position. Vous êtes d'accord sur la nécessité d'un seuil mais le niveau où il se situe et qui relève d'un jugement de valeur, est à rejeter, n'est-ce pas?

M. Armstrong: Effectivement.

Le président: Demandons maintenant à M. Bertrand si l'interprétation que donnerait de l'article 31.72 le directeur des

[Texte]

of Combines Investigation Research, your father, for selling his gloves, would in fact be attackable. Proceed.

Mr. Bertrand: Thank you, Mr. Chairman.

There are two questions that were raised: one about the threshold on a merger, and the second one about joint monopolization. We will try to divide the subject matter between myself and Mr. Davidson.

• 1755

The Chairman: Yes. Proceed.

Mr. Bertrand: On the merger part, some would question that the threshold has been too high, and they would give the following example: in the Toronto market for petrol for cars, one of the driving forces in competition is Canadian Tire. It is very effective, very efficient in providing it at a low cost. Really, it is the competitor, if you like, in the Toronto market. Any of the large corporations in petrol, in gas, could buy Canadian Tire and would not reach the 20-per cent of the market. Surely, that would remove a very significant element of competition in that market if such a measure were to take place.

I agree that for some industries the 20 per cent might not be high enough, but for others it might not be low enough. We have to strike what we feel is an average, and our knowledge of the Canadian industry would allow us to catch most of the significant anticompetitive mergers.

The Chairman: But is it not true that the threshold, in fact, only allows you a right to have a look at the question and to make a determination as to whether it is going unduly to lessen competition—or substantially, whatever the precise terminology is—and that it is not the case that the threshold per se creates an offence?

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, you are absolutely right. It is simply a threshold to allow an examination and bring in the case before the Board, if there is such a case.

The Chairman: To make a determination as to whether the public interest is adversely affected.

Mr. Bertrand: That is right, Mr. Chairman.

The Chairman: So it simply opens the door, at a certain point, for you to walk in and have a look and make, yourself, a determination. If you determine that it adversely affects competition, you can approach the Board for an order. Is that correct?

Mr. Bertrand: That is right, Mr. Chairman.

The Chairman: All right. Thank you very much.

Mr. Bertrand: Mr. Davidson, on joint monopolization.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, the section on joint monopolization requires three elements to be proved: one, that the companies involved achieve or are seeking to achieve substantial control; two, that they have adopted closely parallel policies or closely matching conduct to achieve this control; three, that the kinds of policies, or matching conduct, they use are

[Traduction]

enquêtes sur les coalitions exposerait votre père à des poursuites. Allez-y.

M. Bertrand: Merci, monsieur le président.

Deux questions ont été osées: l'une sur le seuil s'appliquant à une fusion, et l'autre sur le monopole conjoint. M. Davidson et moi-même, nous allons nous répartir ces questions.

Le président: Oui. Allez-y.

M. Bertrand: En ce qui concerne les fusions, certains diraient que le seuil est trop élevé et ils citeraient l'exemple suivant: sur le marché torontois de l'essence pour les voitures, l'un des principaux concurrents est *Canadian Tire*. Cette société réussit de manière très efficace à fournir de l'essence à bas prix. C'est donc le principal concurrent sur le marché de Toronto. N'importe quelle grande compagnie pétrolière ou de gaz naturel pourrait acheter *Canadian Tire* sans atteindre 20 p. 10 du marché. Si elle se concrétisait, cette éventualité éliminerait de ce marché un élément très important de la concurrence.

Je suis d'accord sur le fait que, pour certaines industries, le seuil de 20 p. 100 ne serait pas assez élevé, mais pour d'autres il pourrait l'être trop. Nous devons donc trouver la bonne moyenne et notre connaissance de l'industrie canadienne nous permettra de sanctionner la majorité des fusions anticompetitives.

Le président: Oui, mais n'est-il pas vrai que le seuil vous autorise uniquement à examiner la question et à déterminer si la concurrence sera restreinte de manière exagérée, ou quel que soit le terme précis, et que ce seuil ne constitue pas en lui-même un délit?

M. Bertrand: Vous avez parfaitement raison. Ce seuil permet seulement un examen pour éventuellement soumettre le cas à la Commission.

Le président: Afin de déterminer si c'est contraire à l'intérêt public.

M. Bertrand: Exactement, monsieur le président.

Le président: Cela vous autorise seulement à intervenir à partir d'un certain point afin que vous vous prononciez. Si vous estimez que c'est néfaste pour la concurrence, vous pouvez demander une ordonnance à la Commission, n'est-ce pas?

M. Bertrand: C'est juste, monsieur le président.

Le président: Très bien. Merci beaucoup.

M. Bertrand: Je cède la parole à M. Davidson sur la question du monopole conjoint.

M. Davidson: L'article sur le monopole conjoint exige trois types de preuves. Premièrement, les sociétés intéressées parviennent à contrôler sensiblement leur secteur ou tentent de le faire; deuxièmement, elles adoptent des orientations parallèles ou des comportements semblables pour parvenir à ce contrôle; troisièmement, les politiques ou les comportements semblables

[Text]

exclusionary in their nature. Professor Armstrong eliminates the third . . .

Mr. Armstrong: No.

Mr. Davidson: . . . element. He says that if you are achieving, or seeking to achieve, substantial control by adopting closely parallel policies, or closely-matching conduct, you are for it. But that is not the case. That would be the case, possibly, if the provision were directed only at conscious parallelism, but that is not what this section is directed at. The section is directed at parallel policies that are of an exclusionary character. If all the firms in an industry refuse to sell to a particular class of customer, that would be a kind of . . .

The Chairman: Conscious parallelism.

Mr. Davidson: . . . exclusionary policy, and would be subject to review under this provision. But ordinary price competition, or ordinary price leadership, is not of an exclusionary character.

If there is predatory pricing, where you can show that the firms involved have selectively cut prices to destroy a competitor, there you would have exclusionary pricing. But ordinarily, no.

• 1800

The Chairman: May I ask you a clarifying question? I know that Dr. Armstrong wants to get into the act, and certainly I will give him that opportunity. But by way of clarification for myself, let us take, for example, three supermarkets located in a certain geographical area, which may well be defined as a market. Every Wednesday everybody tells you what they are going to charge for chickens and eggs and everything else in order to draw people into their stores. As a matter of policy and practice in order to stay in business, one store decides to publish the following day, and he charges 58 cents a pound for chickens the same as the other guy is doing. Is that a conscious parallelism that would be caught? It strikes me that it would not be. That kind of thing seems to me procompetitive, not anticompetitive; it is in order to survive, not in order to dominate, that one does this conscious parallelism. When the motive is of that nature, even though the per se fact is exactly the same as if the motive had been to dominate, in the one case it could be an offence and in the other case it clearly would not. Is that the way it is?

Mr. Davidson: That is correct, Mr. Chairman.

The Chairman: Dr. Armstrong, you were anxious to participate.

Mr. Armstrong: I am glad my father is no longer with us. You cannot use what I am going to say to prosecute him, because he is beyond prosecution.

I grew up in this business and I can speak with authority on how work gloves were sold in my small town in the West. There is no question on problem one, which is control. There was never more than three or four people in that market. No problem there; they had control of that market.

[Translation]

qu'elles adoptent ont un caractère d'exclusion. M. Armstrong élimine le troisième élément.

M. Armstrong: Non.

M. Davidson: Selon lui, si vous parvenez à contrôler sensiblement votre secteur ou si vous tentez de le faire en adoptant des orientations parallèles ou des comportements semblables, vous êtes en infraction. Mais ce n'est pas le cas. Ce serait possible si cette disposition visait uniquement les orientations parallèles, mais ce n'est pas le but de cet article. Cet article vise les politiques parallèles qui ont un caractère d'exclusion. Si dans un secteur donné, toutes les firmes refusent de vendre un produit à une catégorie de clients, c'est une sorte de . . .

Le président: D'orientation parallèle.

M. Davidson: . . . c'est une politique ayant un caractère d'exclusion et qui ferait l'objet d'un examen aux termes de cet article.

Mais la concurrence fondée sur un prix normal n'a aucun caractère d'exclusion. Si l'on parvient à démontrer que les sociétés intéressées ont sélectivement baissé leur prix pour anéantir un concurrent, il s'agit alors de prix abusifs ayant un caractère d'exclusion. Mais ordinairement, non.

Le président: Permettez-moi de vous demander une précision. Je sais que M. Armstrong voudrait intervenir et je vais certainement lui en donner la possibilité. Mais, afin que ce soit bien clair pour moi prenons l'exemple de trois supermarchés situés dans un certain secteur géographique que l'on pourrait définir comme un marché. Tous les mercredis on vous dit quel sera le prix du poulet et des œufs, par exemple, pour attirer les clients. Pour faire marcher les affaires, un magasin décide de publier le lendemain et le poulet est à 58c. la livre, c'est-à-dire au même prix que le concurrent. Est-ce une orientation parallèle irrépréhensible? Je ne le pense pas. Cela me semble trop compétitif et non pas anti-compétitif; le but de cette orientation parallèle est de survivre et non pas de dominer. Bien que deux motifs différents se concrétisent par un fait identique, dans un cas ce serait une infraction et dans l'autre ce ne le serait pas, n'est-ce pas?

M. Davidson: Effectivement.

Le président: Monsieur Armstrong, vous étiez impatient d'intervenir.

M. Armstrong: Heureusement que mon père n'est plus de ce monde. Vous pouvez donc utiliser ce que je vais vous dire pour le poursuivre.

J'ai été élevé dans ce commerce et je peux vous dire avec beaucoup d'expérience comment on vendait les gants de travail dans ma petite ville de l'Ouest. L'élément numéro un, c'est-à-dire le contrôle, ne pose aucun problème. Il n'y a jamais eu plus de trois ou quatre personnes sur ce marché et elles le dominaient

[Texte]

The Chairman: Was your father a retailer of gloves or a wholesaler?

Mr. Armstrong: He was a retailer. He was also the dominant firm. I did not realize until much later when I read economic literature that he was the dominant firm, because it did not seem to me that he dominated very much.

Anyway, he and the few competitors in that town certainly had 100-per-cent control of the market. It include in that number the one catalogue that was there. Secondly, there was no question about the parallelism of their policies. If one stayed open later, they all stayed open later; if one had a sale, they all had a sale. No question about parallel policies. They were watching each other like hawks. So they had to be parallel. No problem there.

The Chairman: Very competitive, I gather at this point.

Dr. Armstrong: Yes. Somebody comes in and has a sale. My father responds to the sale, they all have sales, and one of them goes belly up. You mean he has not violated this? He sure has. He has got control. The survivors had control. They were following parallel policies, there was a price war, and they eliminated one of them. This happened a number of times, by the way. I am sorry, but I do not see why he is not prosecuted.

The Chairman: I cannot see why he would be at the moment, but let us find out.

Mr. Armstrong: But he is guilty; one, two, three.

The Chairman: Let us get the answer.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, there is no question of guilt to start with. We have to be clear about that. This is a joint monopolization provision in the civil area. If the board finds that the director or the advocate was correct in alleging that the joint monopolization practice was being carried out, the obvious thing for the board to do would be to order them to stop doing it. Anyway, it is not an offence.

The second thing is, no exclusionary or predatory or coercive practice has been engaged in here. Somebody started cutting the price and everybody matched it, and one of the people involved was not strong enough to survive. But no predatory or coercive or anticompetitive practice has been engaged in.

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: If I could add one thing to this example and ask Mr. Davidson's opinion. For the years that Dr. Armstrong was helping his father sell gloves they were all competing, and while they each had sales annually or maybe more often, and one after the other or whichever way it was, that was really the only fluctuation in price. But the town grew and it appeared somebody new was coming into the dry-goods business. Then all the prices went down, as Dr. Armstrong has described; they went down to the sale prices that happened occasionally in the past, but they sat there. Would that be a type of practice you might consider bringing before the Board as looking like a parallel practice whereby the idea was that we do not want this drygoods man if he comes in? At least we do not want him in

[Traduction]

Le président: Votre père était-il détaillant ou grossiste?

M. Armstrong: Il était détaillant. Son entreprise était également la plus importante. C'est beaucoup plus tard et en lisant des publications économiques que je l'ai réalisé, car je n'avais pas l'impression qu'il dominait tant que cela.

Quoi qu'il en soit, lui et les quelques concurrents de cette ville contrôlaient sûrement 100 p. 100 du marché. Je compte le seul vendeur sur catalogue qui existait là-bas. Deuxièmement, le parallélisme de leur politique ne faisait aucun doute. Si l'un restait ouvert plus tard, tous les autres le faisaient également; si l'un faisait une vente réclame, tous les autres le faisaient également. Aucun doute sur le parallélisme de leur politique. Ils se surveillaient mutuellement.

Le président: J'en déduis jusqu'à maintenant que la concurrence était très serrée.

M. Armstrong: Oui. Quelqu'un fait une vente réclame. Mon père réagit; ils font tous des ventes réclame et l'un d'entre eux restent sur le carreau. N'y a-t-il pas eu infraction? Bien entendu. Ceux qui ont survécu sont parvenus à contrôler le marché. Ils suivaient une guerre des prix et ils ont éliminé l'un d'entre eux. Entre parenthèses, cela s'est produit plusieurs fois. Excusez-moi, mais je ne vois pas pourquoi il n'est pas poursuivi.

Le président: Jusqu'à présent, je ne vois pas pourquoi il le serait, mais attendons la fin.

M. Armstrong: Mais il est coupable sur les points un, deux et trois.

Le président: Demandons la réponse.

M. Davidson: Pour commencer, il n'est pas question de culpabilité. Que ce soit bien clair. C'est un monopole conjoint au sens civil. Si la Commission s'aperçoit que le directeur ou l'administrateur avait raison de prétendre qu'il s'agit d'un monopole conjoint, la Commission doit ordonner que l'on mette fin. Quoiqu'il en soit, ce n'est pas un délit.

Deuxièmement, il n'y a ici aucune pratique coercitive, abusive ou exclusive. Quelqu'un s'est mis à baisser les prix et tout le monde l'a suivi et l'un d'entre eux n'a pas été suffisamment fort pour survivre. Mais il n'y a là aucune pratique anti-concurrentielle, coercitive ou abusive.

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Je voudrais ajouter une remarque à propos de cet exemple et demander à M. Davidson ce qu'il en pense. Au cours des années où M. Armstrong a aidé son père à vendre des gants, tout le monde se faisait concurrence et les ventes-réclames qui étaient annuelles ou peut-être plus fréquentes, traduisaient les seules variations de prix. Mais la ville a pris de l'expansion et un nouvel arrivant s'est lancé dans le commerce des vêtements. Tous les prix ont baissé, comme l'a expliqué M. Armstrong; ils ont baissé jusqu'au prix de la réclame qui se produisait de temps à autre, mais ils y sont restés. S'agit-il ici d'une pratique que vous signalerez à la Commission pour son caractère de parallélisme et dans la mesure où elle a pour but d'éliminer ce nouveau concurrent? Du moins, on ne le veut pas

[Text]

the glove business because our glove prices are going to be so low that he is not going to be able to make a profit.

• 1805

Mr. Davidson: Mr. Chairman, if you had evidence of the kind that Mr. Affleck suggests, that would be a case for bringing the matter before the board, because you can show intent to exclude the would-be entrant. Depending on what the evidence was, you might be able to get an order from the board.

The Chairman: It appears on the face of it at least that you are free to enter the glove business back in that community without too much fear.

Mr. Armstrong: I am sorry, but I do not think I am. Predatory pricing is a matter of intent and who knows what these people intended. They had a price war and they drove somebody out. Or take paragraph (d). If you do not catch him under paragraph (e) you can catch him under paragraph (d), directly or indirectly coercing.

Somebody keeps having a sale and tries to grab more of the market and the other people respond. When he cuts the price, they cut the price twice as much. I say directly or indirectly coercing. That competitor who started off with a price reduction will certainly feel coerced, and he will come to the board and say "Help, help." Then if that is not enough, look at paragraph (e):

restraining economic activity by behaviour or conduct, whether or not described . . .

So there is a price leadership problem.

Mr. Affleck: On the basis of which there could be a criminal—you read all of that paragraph, though:

on the basis of which the Board could make an order under any other provision . . . or that is in contravention of any provision of Part V;

Which is the criminal provision.

Mr. Armstrong: All right. But they have raised through price leadership conscious parallels and somebody raised the price. It is quite easy to show that that restrains economic activity. The pricing mechanism tells you that if you raise the price, you lower the sales, and that certainly restrains economic activity. I do not see why there is any oligopoly which is consciously parallel, and they all are, and that is one of the facts of it.

If they could not be caught under paragraph (e), they have certainly got them under paragraph (f):

restraining economic activity in a manner otherwise than as described . . .

Boy, that gets everything that my pappy ever did.

The Chairman: I guess we need an exemption for retailers of gloves.

[Translation]

dans le commerce des gants parce que les prix seront si bas qu'il ne pourra pas faire de bénéfices.

M. Davidson: A la condition d'avoir des preuves, le cas cité par M. Affleck devrait être signalé à la Commission car l'intention est d'exclure le nouveau venu. A la condition d'avoir des preuves satisfaisantes, vous pourriez obtenir une ordonnance de la Commission.

Le président: Apparemment du moins, vous êtes libre de réintégrer le commerce des gants dans cette localité, sans craindre grand-chose.

M. Armstrong: Excusez-moi, mais je ne le pense pas. Les prix abusifs supposent une attention mais qui peut connaître les intentions de ces gens-là. Ils se sont livrés à une guerre des prix et ils ont éliminé l'un d'entre eux. Voilà, vous avez le paragraphe (d). Si vous ne pouvez pas l'attraper en vous fondant sur le paragraphe (e), vous avez le paragraphe (d) qui précise: forcer, directement ou indirectement, un concurrent.

Quelqu'un veut une vente réclame pour s'approprier une part plus importante du marché et les autres réagissent. Quand il baisse ses prix, les autres en font autant. Je dis bien: forcer, directement ou indirectement, un concurrent. Ce concurrent qui a démarré avec une réduction se sentira sûrement victime d'une coercition et il demandera à la Commission de lui venir en aide. Si cela ne suffit pas, regardez le paragraphe (e):

de réduire l'activité économique par un comportement visé . . .

L'initiative des prix pose donc un problème.

M. Affleck: D'après ce principe, il pourrait donc y avoir infraction; mais lisez le reste du paragraphe.

qui peut faire l'objet d'une ordonnance de la Commission . . . ou qui constitue une infraction prévue à la Partie V;

C'est la disposition qui précise la nature criminelle du délit.

M. Armstrong: Très bien. Mais ils ont provoqué un parallélisme délibéré par l'initiative des prix, et quelqu'un a augmenté ses prix. Il est très facile de montrer que cela restreint l'activité économique. Une augmentation des prix entraîne une diminution ou des ventes, et limite bien entendu l'activité économique. Je ne vois pas pourquoi il y a un oligopole qui relève du parallélisme délibéré; ils le sont tous, c'est un fait.

Si on ne peut pas les poursuivre aux termes du paragraphe (e) on peut sûrement le faire en s'appuyant sur le paragraphe (f):

De réduire l'activité économique par des procédés non visés . . .

cela couvre tout ce que mon père a fait.

Le président: Il va donc falloir faire une exception pour les gens qui vendent les gants au détail.

[Texte]

Mr. Armstrong: Not in the West. I may want to go back there.

The Chairman: Professor Stanbury would like to make a comment, and then I think we will adjourn. It is 6.05 and we come back at 8 o'clock. Proceed.

Mr. Stanbury: Thank you, Mr. Chairman.

The Chairman: I am sorry. Mr. McCain did want to question too.

Mr. McCain: I just wanted to ask, in light of the question of the glove business here . . .

The Chairman: If the glove fits, wear it.

Mr. McCain: I wanted to ask what would happen in the case of a chain or a series of chains getting into a price war and then pressing their suppliers into a declining price for replacement supplies on a continuing basis until the supplier finds himself in a much less than profitable position. What happens under this act in that case? Do I make my point clear?

The Chairman: Yes, you do, I think there has been some concern expressed . . .

Mr. McCain: I would like to hear these two gentlemen express theirs.

The Chairman: . . . about buyer monopolies in this respect. Do you want the department first?

Mr. McCain: No, I want these two gentlemen.

Mr. Stanbury: It is my understanding that you could get them perhaps under proposed section 31.77, price differentiation. For example, it would permit unequal quantities to be considered and if the seller could not justify it in terms of costs to different buyers, then in fact he would not have any defence and in fact remedies could be applied under those circumstances. Take your example. If they were driven below the point of their costs, you cannot justify selling at that low a price. Then an order could be . . .

Mr. McCain: The cost to whom? The supplier?

Mr. Stanbury: The manufacturer in that case.

Mr. McCain: All right. If you drive him below his costs as a supplier, you cannot justify pressing that hard.

Mr. Stanbury: That is my interpretation, but I think the officials should reply to that.

The Chairman: Dr. Armstrong.

Mr. Armstrong: I think the supplier is trying to get his product to the lower price anyway. If he has been forced into a price war and he goes to his supplier and says "I need a break; I am going bankrupt", that is just another argument he uses but it is just another argument. He will be using all the arguments at his disposal to try to negotiate a better deal anyway.

• 1810

Mr. McCain: But does the supplier have any recourse or does he have any hope under this law? This is why we have got

[Traduction]

M. Armstrong: Pas dans l'Ouest. Il se pourrait que je veuille y retourner.

Le président: M. Stanbury voudrait faire une remarque, après quoi nous allons lever la séance. Il est 18h05 et nous revenons à 20h00. Allez-y.

M. Stanbury: Merci, monsieur le président.

Le président: Excusez-moi, M. McCain voulait également poser une question.

M. McCain: Étant donné la question du commerce des gants, je voulais simplement demander . . .

Le président: Si le gant vous va, portez-le.

M. McCain: Que se passerait-il dans le cas d'une chaîne ou d'une série de magasins à succursales multiples qui se livrerait à une guerre des prix et qui ferait ensuite pression sur leurs fournisseurs pour que celui-ci baisse de manière permanente le prix du réapprovisionnement, de sorte que la situation du fournisseur soit loin d'être rentable? Que permet la loi dans ce cas? Me suis-je bien fait comprendre?

Le président: Oui. On a manifesté des préoccupations . . .

M. McCain: J'aimerais entendre celles de ces deux messieurs.

Le président: . . . à propos des monopoles d'achat. Voulez-vous commencer par entendre le ministère?

M. McCain: Non, je veux entendre ces deux messieurs.

M. Stanbury: Je crois savoir qu'on pourrait les poursuivre en se fondant sur l'article 31.77 qui porte sur la différenciation en matière de prix. Cet article permettrait de prendre en compte les quantités inégales et si le vendeur était incapable de justifier les prix facturés à ces différents clients, il n'aurait aucun argument pour se défendre et des mesures pourraient être prises dans ces conditions. Reprenons votre exemple, il leur serait impossible de justifier des prix de vente inférieurs aux coûts. Une ordonnance pourrait alors, . . .

M. McCain: Quels coûts? Ceux du fournisseur?

M. Stanbury: En l'occurrence, du fabricant.

M. McCain: Très bien. Vos ne pouvez pas justifier la pression que vous exercez pour qu'ils pratiquent des prix de vente inférieurs à ses coûts.

M. Stanbury: C'est mon interprétation, mais je crois que les représentants du ministère voudraient répondre à cela.

Le président: Monsieur Armstrong.

M. Armstrong: De toute façon, le fournisseur essaie d'obtenir son produit au prix le plus bas. S'il s'est trouvé engagé malgré lui dans cette guerre des prix et qu'il s'adresse à son fournisseur pour obtenir un peu de répit sans quoi il ferait faillite, ce n'est qu'un autre argument qu'il utilise. Il utilisera tous les arguments à sa disposition pour essayer d'obtenir un meilleur prix.

M. McCain: Mais le fournisseur a-t-il un recours ou un espoir aux termes de cette loi? C'est la raison pour laquelle

[Text]

marketing boards. There is no question about that in agriculture. This is why we have got marketing boards; because of price wars, constant depression of price, constant request for cheaper supplies to replace the last ones just sold.

A Witness: That is supply and demand . . .

Mr. McCain: to some extent, yes, supply and demand but to some extent, no. Even when supply and demand are statistically in relatively good balance, a price war can depress the price of an agricultural product well below the cost of production because of the cash demands of the agricultural supplier. Because those cash demands are 12 months of the year they cannot wait to sell them all at a given month.

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, there can be too much competition, there can be too little.

Mr. McCain: Well, too much competition. How much does this bill do for too much competition?

Mr. Armstrong: We always attack that ad hoc to find some other way of dealing with too much competition, like a marketing board or something.

The Chairman: Do you have a comment, Mr. Davidson?

Mr. Davidson: I am not sure what the question was.

The Chairman: Well, that is all right. There is no need to comment if . . . Mr. Affleck.

Mr. Affleck: Surely the answer is that we have set up marketing boards to protect the many thousands or hundreds of farmers or producers in a certain area from this sort of thing but when you are dealing with five or ten suppliers, if somebody else can supply, the person who cannot is going to go out of business. And that is supply and demand or he is going to change his business.

Mr. McCain: It is competition under very harsh form as chain stores war with one another and ask that suppliers reduce their price. That is why you have got the egg deal, or one of the whys, that is why you have got the turkey deal and that is why you are going to have more of them but they are not exempt.

Mr. Philbrook: That is free enterprise.

The Chairman: That is debatable. In any event, I gather that Mr. Bertrand has documents that he would like tabled. Is that correct?

Mr. Bertrand: Mr. Chairman, I did not want to take the time of the Committee to explore and look at some of the statements by Dr. Armstrong and I have put them down in specific reference. I would like to have the permission of the Committee to file them with you.

The Chairman: If that is agreeable to members of the Committee, we would certainly take your response in that respect and attach it to the *Minutes of Proceedings*. Agreed?

Some hon. Members: Agreed.

[Translation]

nous avons des offices de commercialisation. Cela ne fait aucun doute dans l'agriculture. Les offices de commercialisation ont été créés pur parer à la guerre de prix et aux tarifs toujours inférieurs que l'on réclamait sur les approvisionnements destinés à remplacer les marchandises que l'on venait de vendre.

Un témoin: C'est l'offre et la demande . . .

Mr. McCain: Jusqu'à un certain point, oui; mais jusqu'à un certain point, non. Même lorsque l'offre et la demande sont relativement bien équilibrées, une guerre des prix peut faire baisser le tarif d'un produit agricole bien au-dessous de son coût de production. Mais le fournisseur a des obligations qui durent 12 mois de l'année, et on ne peut pas attendre un mois précis pour tout vendre.

Mr. Armstrong: Il peut y avoir trop de concurrence; il peut ne pas y en avoir assez.

Mr. McCain: Trop de concurrence. Que fait ce projet de loi contre la concurrence excessive?

Mr. Armstrong: Nous trouvons toujours une solution ad hoc, comme les offices de commercialisation.

Le président: Avez-vous une remarque à faire, monsieur Davidson?

Mr. Davidson: Je ne suis pas sûr d'avoir bien saisi la question.

Le président: Cela ne fait rien, ce n'est pas nécessaire de commenter si . . . Monsieur Affleck.

M. Affleck: La réponse est que nous avons créé des offices de commercialisation pour protéger les plusieurs centaines ou milliers de fermiers ou de producteurs dans certains secteurs; mais lorsque l'on a affaire à cinq ou dix fournisseurs, celui qui n'est pas à même d'assurer les approvisionnements fera faillite. Et c'est l'offre et la demande ou bien il changera de secteur.

Mr. McCain: Les magasins à succursales multiples se font une âpre concurrence en demandant à leurs fournisseurs de réduire leurs prix. C'est une des raisons pour lesquelles nous avons l'Office de commercialisation des œufs et l'Office de commercialisation de la dinde; et il y en aura beaucoup d'autres; néanmoins, ils sont assujettis à la loi.

M. Philbrook: C'est la libre entreprise.

Le président: C'est contestable. Quoi qu'il en soit, je crois que M. Bertrand voudrait déposer des documents, n'est-ce pas?

Mr. Bertrand: Je ne voulais pas gaspiller votre temps en explorant certaines déclarations de M. Armstrong; j'ai donc rédigé mes observations par écrit. Je voudrais les déposer, avec votre autorisation.

Le président: Avec le consentement des membres du Comité, nous publierons votre réponse en appendice au compte rendu de la séance d'aujourd'hui. D'accord?

Des voix: D'accord.

[Texte]

Mr. Armstrong: Mr. Chairman, I have not seen this document. Could I respond to it and submit it to the Committee?

The Chairman: I gather it is a response to something you have already said. I suppose this could go on forever but I have no objection if you want to submit it to the Committee.

Mr. Huntington: Mr. Chairman, I would think a right of reply would be valuable.

The Chairman: I have no objection to it at all; if the Professor wants to respond to the document, by all means, I think that is fair enough. But I would think we should limit the number of responses to responses or that will be the balance of the work of this Committee, looking after the documentation for most of the people involved.

I want to thank Professor Armstrong, Professor Friesen and Professor Stanbury for appearing before us. I found it a very stimulating exercise. I think our Committee should perhaps follow this course more often, to have people of divergent views on the stand at the same time. I think it has been very useful. I do not know how much assurance I can give you that we will read every single word of your briefs. Maybe we will wait until they are published. I gather they are kind of prepublications, at any event but we will do the best we can with your briefs and with the points that you have made. We appreciate your coming here. We will now adjourn until 8 o'clock this evening when we will have Imperial Oil of Canada before us.

Thank you very much. This meeting is adjourned.

EVENING SITTING

• 2009

The Chairman: We shall resume consideration of our Order of Reference relating to the subject matter of Bill C-42, An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof.

I would like to welcome before us tonight representatives of Imperial Oil Limited. I have seated to my immediate right, Mr. MacAllan, Vice-President, Corporate Affairs and General Secretary of Imperial Oil Limited. To his right is Mr. Eldon, Senior Advisor, Government Relations Division, Corporate Affairs Department of Imperial Oil Limited; and to his right is Mr. Batt, Q.C., Associate General Counsel, Imperial Oil Limited. Welcome, gentlemen.

• 2010

I now want to provide Mr. MacAllan an opportunity to present the views of Imperial Oil in relationship to the subject matter before us. Welcome, gentlemen. Mr. MacAllan, if you would like to give us a brief overview of the substantive points that you are making in respect to the subject matter, we would then proceed to questioning.

By the way before proceeding, if I may secure concurrence of members that the brief submitted by Imperial Oil be appended to the Minutes and Proceedings of today's meeting.

[Traduction]

M. Armstrong: Je n'ai pas vu ce document. Pourrais-je le voir et soumettre ma réponse au Comité?

Le président: C'est déjà une réponse à ce que vous avez dit. Cela pourrait durer à l'infini, mais je n'ai aucune objection à ce que vous la soumettiez au Comité.

M. Huntington: Monsieur le président, le droit de réponse est précieux.

Le président: Je n'y vois absolument aucun inconvénient; le professeur peut naturellement répondre à ce document; ce n'est que justice. Mais je crois qu'il faudrait limiter le nombre de réponses aux réponses, ou alors nous allons passer le reste de notre temps à chercher les documents pertinents.

Je tiens à remercier M. Armstrong, M. Friesen et M. Stanbury de leur présence parmi nous, qui a été très stimulante. Nous devrions peut-être inviter plus souvent des gens d'opinions divergentes à présenter simultanément leurs points de vue. Cela s'est avéré très utile. Je ne sais pas dans quelle mesure je puis vous assurer que nous allons lire chaque mot de vos mémoires. Nous allons peut-être attendre qu'ils soient publiés. Il s'agit, je crois, de prépublication, mais nous ferons tout notre possible pour les étudier, ainsi que les arguments que vous avez présentés. Nous vous remercions d'avoir bien voulu répondre à notre invitation. La séance est ajournée à 8 h 00 ce soir; nous entendrons les représentants de *Imperial Oil of Canada*.

Merci beaucoup. La séance est levée.

SÉANCE DU SOIR

Le président: Nous allons reprendre l'examen du Bill C-42, Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois.

J'aimerais souhaiter la bienvenue aux représentants de la société Imperial Oil. À ma droite, se trouve M. MacAllan, vice-président, Affaires de la société, et secrétaire général de la société. À sa droite se trouve M. Eldon, conseiller principal, division des relations avec le gouvernement, service des affaires de la société Imperial Oil; à sa droite se trouve M. Batt, C.R. conseiller général associé de la société Imperial Oil. Messieurs, je vous souhaite la bienvenue.

Je vais maintenant demander à M. MacAllan de nous dire ce que pense la société Imperial Oil du projet de loi que nous étudions. Monsieur MacAllan, je vous laisse donc la parole.

J'aimerais auparavant demander l'accord de tous les membres du Comité pour que le mémoire soumis par la société Imperial Oil soit annexé au procès-verbal d'aujourd'hui.

[Text]

Some hon. Members: Agreed.

Mr. D. H. MacAllan (Vice-President, Corporate Affairs and General Secretary, Imperial Oil Limited): Thank you, Mr. Chairman and members of the Committee.

We welcome this opportunity to appear before your Committee this evening in support of our brief on the subject matter of Bill C-42. This brief was prepared in both official languages in response to the general invitation of the Committee, and I hope that it will assist you in your deliberations.

The basic objective of competition policy was well stated in the Skeoch-McDonald Report as "the creation and maintenance of a flexible, adaptable and dynamic Canadian economy." Imperial Oil Limited agrees with this objective and with the inclusion of these same words in the preamble of Bill C-42. We also welcome the change in name of the statute which Bill C-42 proposes, for the rather forbidding "Combines Investigation Act" which is transformed into the more positive "Competition Act."

In our democratic society, competition is our best bulwark against excessive economic power or its abuse. The presence in a market of competing sellers is society's best assurance of reasonable prices, efficient and innovative production, and satisfaction of consumer wants. Competition helps ensure that the efficient producers will continue but the wasteful and inefficient will not.

Imperial views competition legislation as among the most important in the economic policy field. Its spirit and effect should be to encourage competition, to remove artificial barriers to competition, and to foster a dynamic economy. It should not administer business or substitute the judgments of officialdom for those of businessmen. The spirit and effect of a "Competition Act" should be to recognize industrial structures and practices that are essential for an efficient Canadian economy, able to compete wherever necessary with the most efficient plants and firms elsewhere in the world. It should be recognized how frequently this ability to compete on the world market depends on building large-scale plants that can take full advantages of the economies of large-scale production. A "Competition Act" should avoid the risky doctrine that, in business, big is bad and small is beautiful. Any satisfaction from a doctrinaire approach in competition policy legislation will be gained only at an economic cost.

In Bill C-42 Imperial senses much of the spirit of the Skeoch-McDonald Report. But we are concerned when the spirit of Skeoch is abandoned for a more doctrinaire and arbitrary approach to industrial structure and business activity.

On the positive side, we believe that some provisions in the bill live up to the expectation of a more positive approach to the encouragement of competition. The offence of "merger" is replaced by the concept of a civil review of mergers. This concept seeks to balance any detrimental lessening of competition against gains in productive efficiency that may stem from

[Translation]

Des voix: D'accord.

M. D. H. MacAllan (vice-président, Affaires de la société, et secrétaire général de la société Imperial Oil): Merci, monsieur le président, messieurs les membres du Comité.

Nous sommes heureux de comparaître devant vous ce soir pour vous présenter notre mémoire sur le Bill C-42. Ce mémoire a été préparé dans les deux langues officielles, en réponse à l'invitation générale du Comité, et j'espère qu'il vous aidera dans vos délibérations.

Le rapport Skeoch-McDonald a clairement précisé que l'objectif principal de la politique sur la concurrence était «la mise en place et le maintien au Canada d'une économie souple, adaptable et dynamique». L'Imperiale est d'accord avec cet objectif et avec l'inclusion de ces mêmes mots dans l'exposé des motifs du Projet de loi C-42. Nous voyons également d'un œil favorable la substitution au titre comminatoire proposé pour le projet de loi C-42, à savoir «Loi relative aux enquêtes sur les coalitions», du titre plus objectif de «Loi sur la concurrence».

Dans notre société démocratique, la concurrence est le meilleur moyen de protection contre un pouvoir économique excessif ou contre les abus qu'il peut engendrer. C'est à elle que la société est redevable des prix raisonnables, d'une production efficace et novatrice et de la satisfaction des désirs du consommateur. Elle contribue à la prospérité des producteurs capables et à l'élimination de ceux qui sont incompetents ou portés au gaspillage.

L'Impériale considère que la loi sur la concurrence est un des plus importants aspects de la politique économique. Dans son esprit et dans ses effets, elle devrait viser à stimuler la concurrence, supprimer les barrières artificielles qui l'entravent et favoriser le dynamisme de l'économie. Mais elle ne doit pas régenter le monde des affaires ni substituer le jugement des bureaucrates à celui des entrepreneurs. L'esprit et les effets d'une «Loi sur la concurrence» doivent tendre à faire valoir les structures et les méthodes industrielles indispensables au bon fonctionnement de l'économie canadienne, celle-ci devant, chaque fois que c'est nécessaire, pouvoir concurrencer les entreprises et les compagnies les plus efficaces au monde. On devrait se faire à l'idée que, pour aborder avec succès les marchés mondiaux, il faut très fréquemment pouvoir se doter de moyens de production en très grande série. Une «Loi sur la concurrence» doit rejeter la doctrine aberrante voulant qu'en affaires, le gros soit mauvais et le petit admirable. Il serait économiquement coûteux de concevoir dans un esprit doctrinaire la législation sur la concurrence.

L'Impériale retrouve beaucoup de l'esprit du rapport Skeoch-McDonald dans le projet de la loi C-42. Mais nous sommes concernés quand l'esprit de Skeoch est oublié au profit d'une conception plus doctrinaire et plus arbitraire des structures industrielles et des activités commerciales.

En ce qui concerne les aspects positifs du projet de loi, nous croyons que certaines de ses dispositions répondent à ce qu'on en attendait, à savoir une attitude plus réaliste quant à la nécessité de favoriser la concurrence. Plutôt que de considérer une «fusion» d'entreprises comme une infraction, on a adopté le principe de la création d'un organisme d'étude de ce mode de

[Texte]

a particular rationalization of industry structure. In fact, the general principle of shifting competition law further to a civil basis is a distinct advantage.

On the negative side, Imperial is seriously concerned at what it regards as certain serious shortcomings in the legislation. In our printed submission to the Committee we have discussed these concerns and have advanced for your consideration a number of suggestions for change which we think might improve the bill.

Let me highlight briefly what these major concerns are and the general direction of our suggested changes.

First, we believe the division between criminal and civil jurisdiction is not sufficiently well reasoned. There is an excessive and uneven reliance on criminal penalties. Accordingly, we suggest that all forms of price discrimination should be treated on a civil law basis and made reviewable. We also suggest the deletion of the duplicating criminal offence of "monopoly."

• 2015

Second, we find in the bill signs of a doctrinaire approach to competition policy. We feel that there is a danger that the traditional scrutiny of the effects of business conduct and performance may be superseded by mechanical standards of structure. The bill seems to assume that a highly concentrated structure of industry is necessarily bad. In their combined effect, the provisions relating to industrial concentration would amount to overkill. The bill would subject large firms and those with few competitors to review and to such possible drastic actions as divestiture, whether or not the conduct of the firms was harmful. We therefore suggest that the proposed joint monopolization section be deleted entirely, and that a catch-all paragraph in the proposed monopolization section also be deleted.

Third, we believe that various uncertainties for business are built into the bill. Such uncertainties, we think, will deter productive mergers and joint ventures and create price rigidities. We therefore advance for your consideration certain suggestions for an improved procedure for mergers and for clarification in the wording of several proposed sections relating to pricing practices.

Fourth, we believe the provision for class actions and substitute actions will prove to be more punitive of business firms—and not of large firms only—than it will be beneficial to consumers. We therefore suggest the deletion of substitute actions and certain improvements in procedure for class actions in the event that they remain in the bill.

[Traduction]

conception industrielle. Son mandat consisterait à déterminer si le relâchement en principe nuisible de la concurrence est compensé par une amélioration de la productivité résultant d'une certaine rationalisation de la structure industrielle. En fait, le principe fondamental qui consiste à donner un fondement de droit civil à la loi sur la concurrence marque un progrès manifeste.

Du côté négatif, la compagnie est très préoccupée par un certain nombre de graves imperfections du projet de loi. Dans le document que nous avons présenté au Comité, nous avons détaillé nos inquiétudes et soumis à votre appréciation un certain nombre de suggestions qui, nous le pensons, pourraient en déboucher sur l'amélioration du projet de loi.

Permettez-moi de faire brièvement la lumière sur ces principaux sujets de préoccupations et sur l'orientation générale de nos recommandations.

Nous estimons tout d'abord, que la division entre les juridictions pénales et civiles n'est pas assez bien conçue. On compte trop, et avec trop d'incohérence, sur l'efficacité des sanctions pénales. Nous suggérons donc que toutes les formes de discrimination et de disparité en matière de prix soient justiciables du code civil et puissent être révisées. Nous recommandons également qu'il soit mis fin à la duplication des dispositions pénales régissant les «monopoles».

En second lieu, nous décelons dans le projet de loi certains signes d'une conception dogmatique de la politique sur la concurrence, et nous craignons que l'examen traditionnel des résultats de la gestion et de la marche des affaires ne soit remplacé par un standard de critères mécaniques. Le projet de loi semble reposer sur l'hypothèse qu'une infrastructure industrielle très concentrée est nécessairement une mauvaise chose. Les effets combinés des dispositions relatives à la concentration industrielle dépasseront le but recherché et le projet de loi mettra les grandes entreprises et celles qui ont peu de concurrents à la merci d'un contrôle rigoureux et d'éventuelles mesures draconiennes comme la dépossession, que la conduite de ces entreprises ait été condamnable ou non. C'est pourquoi nous suggérons la suppression totale de l'article sur les cartels (Joint Monopolization) ainsi que celle de la clause «ramasse-tout» dans l'article portant sur la monopolisation.

En troisième lieu, nous pensons que ce projet de loi contient certaines dispositions très vagues pour le monde des affaires, ce qui, à notre avis, empêchera des fusions utiles et des entreprises communes souhaitables et aboutira à une certaine rigidité des prix au détriment du consommateur. Nous vous soumettons donc certaines recommandations qui, nous le croyons, permettraient d'améliorer les dispositions relatives aux fusions et de rendre plus explicites certains articles relatifs à la détermination des prix.

En quatrième lieu, les dispositions se rapportant aux actions collectives ou aux mesures de substitution feront plus de mal aux entreprises, et pas seulement aux grosses entreprises, qu'elles ne seront avantageuses pour le consommateur. Nous suggérons donc la suppression de ces mesures et l'adoption de

[Text]

Our final concern is in some respects the most serious. We invite your careful scrutiny of the extent to which important broad powers over the structure and practices of industry are delegated in the bill to appointed officials, without adequate provision for review or appeal. If our economic system is to work for the benefit of all citizens, surely vital matters relating to the structure of industry and affecting employment and growth should not be placed beyond the reach of elected representatives. We therefore suggest that in certain instances, those dealing with the structure of industry, the power of the Competition Board should be limited to recommending a course of action to the Governor in Council. In instances where the Board makes an order, those dealing with trade practices, we suggest that it should be subject to review by a newly constituted panel of the Board.

In summary, then, we are concerned about: the duplication of criminal and civil offences; the overkill emphasis on structural concentration rather than on performance; the uncertainties built into the bill which can both cause price rigidities harmful to the consumer and have investment effects harmful to the economy as a whole; the punitive provisions of class and substitute actions; and the broad powers delegated to appointed officials.

Mr. Chairman, we would be pleased to answer any questions.

The Chairman: Thank you very much. You have certainly given us a very brief and precise exposé of the position that you are adopting in relationship to this subject matter, Mr. MacAllan, and we appreciate that. It should be helpful to us in directing our questions to the specific concerns that you have addressed yourself to.

We are now open to questions. Mr. Huntington.

Mr. Huntington: Thank you, Mr. Chairman. First, may I compliment Mr. MacAllan on the organization of his brief and the manner in which it has been presented to the Committee. It has been very helpful, particularly in light of the reading load that members have had this last little while.

In your summary you say:

In instances where the Board makes an order, we suggest that it could be subject to review by a newly constituted panel of the Board.

Could you enlarge on that?

• 2020

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: Thank you, Mr. Chairman. What we have tried to do is to find a way of providing checks and balances in

[Translation]

certaines améliorations aux procédures d'action collective, au cas où ces dispositions resteraient dans le projet de loi.

A certains égards, notre dernière critique est également la plus importante. Nous vous invitons à examiner avec soin la mesure dans laquelle le projet de loi délègue à des fonctionnaires des pouvoirs importants et étendus sur la structure et les pratiques de l'industrie, sans vraiment prévoir de procédure de recours ou d'appel. Si notre système économique doit bénéficier à tous, il ne faut sûrement pas que les représentants élus soient sans influence sur des points d'importance vitale sur les structures de l'industrie affectant et la situation de l'emploi et la croissance économique. Nous suggérons donc que, dans certains cas, où l'appareil économique est en jeu, les attributions de la Commission sur la concurrence se limitent à la recommandation des mesures à prendre au Gouverneur en conseil. Dans les cas où les décisions de la Commission auraient force de loi, nous suggérons qu'elles soient sujettes à révision par un groupe nouvellement constitué de cette même Commission.

En fin de compte, les questions qui nous préoccupent sont les suivantes: le fait que certains délits relèvent à la fois du code pénal et du code civil, la trop grande importance accordée à la concentration des structures industrielles plutôt qu'à leurs performances, l'imprécision de certaines dispositions du projet de loi qui peut à la fois corseter les prix au détriment du consommateur et avoir sur les investissements des effets désastreux pour l'ensemble de l'économie, les dispositions répressives sur les mesures d'action collective et de substitution, l'étendue des pouvoirs délégués aux fonctionnaires.

Nous nous ferons un plaisir de répondre à vos questions, notamment à celles dont nous faisons état dans notre mémoire.

Le président: Merci beaucoup. Votre exposé était très intéressant puisqu'il nous a précisé la position que votre Société adopte au sujet de ce projet de loi. Il nous est maintenant plus facile de vous poser des questions sur les sujets qui vous préoccupent.

Nous allons maintenant passer aux questions. Monsieur Huntington.

M. Huntington: Merci, monsieur le président. Tout d'abord, j'aimerais féliciter M. MacAllan de la présentation de son exposé qui est extrêmement intéressant, surtout en comparaison de ceux que nous avons pu lire au cours des derniers temps.

Vous dites, dans cet exposé:

Dans les cas où les décisions de la Commission auraient force de loi, nous suggérons qu'elles soient sujettes à révision par un groupe nouvellement constitué de cette même Commission.

Que voulez-vous dire?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Merci, monsieur le président. Nous avons essayé de trouver un système de contrepoids car nous avons

[Texte]

the system which could be acceptable. It is our understanding, over the period of deliberation and since the beginning of this legislation, that one of the major objections of business has been the lack of appeal or the lack of some check on the authority of the board.

We have felt that there were two different kinds of concerns involved, one which dealt, with the fundamental nature of the economy, the fundamental structure of industry or business, where through the powers which are resident in the board there is an opportunity to materially change that structure through such orders as divestiture or otherwise. We felt that should be treated in a particular kind of way. That, we have suggested, should be similar to the foreign investment review procedure, or where the board would be empowered to make a recommendation rather than actually issuing an order.

More specifically to your question, the rest of the areas, those areas associated with trade practices, whether they be consignment selling or whatever the particular activity may be that has to do with the way in which business operates, the nature of its operation, there was a lesser requirement for a formal review procedure or an appeal to the courts or some appeal of that nature. Therefore, we have suggested that where a panel of the board has been constituted to hear that kind of procedure, the appeal procedure should be a request to the Minister to allow a rehearing by a newly constituted panel of the board which would not contain the same membership, and that there would be an opportunity for a second look to ensure there had been adequate consideration of all of the arguments taken in the first decision.

Mr. Philbrook: Rather than an appeal to the courts.

Mr. MacAllan: Rather than an appeal to the courts.

Mr. Huntington: In your summary also you mentioned:

The uncertainties built into the bill which can cause both price rigidities harmful to the consumer and have investment effects harmful to the economy as a whole.

Could you enlarge on that for me?

Mr. MacAllan: Perhaps I could ask Dr. Eldon if he would comment on that.

Mr. W. D. R. Eldon (Senior Advisor, Government Relations Division, Corporate Affairs Department, Imperial Oil Limited): Mr. Chairman, we believe that certain of the provisions in the pricing practices section will cause price rigidity because of uncertainty. We believe, for example, that in the section on price discrimination, Clause 34.(1) (c), the change in wording from selling at prices "unreasonably" low to selling at prices "abnormally" low will create uncertainty in the minds of businessmen as to whether actions they may take to trigger or prolong a price war could fall under the ban of that section. That is one example.

We also feel that uncertainty is inherent in certain of the other sections dealing with pricing practices, notably the new section relating to price differentiation. This is a puzzling

[Traduction]

constaté que, depuis la présentation de ce projet de loi, l'une des principales objections des industriels était l'absence du droit d'appel ou l'absence de tout contrôle sur les pouvoirs de la Commission.

A notre avis, ce problème revêt deux aspects. L'un concerne la nature fondamentale de l'économie, la structure fondamentale de l'industrie; or, par les pouvoirs qui sont conférés à cette Commission, il sera dorénavant possible de modifier matériellement cette structure, au moyen d'ordonnance de dépossession ou autre. A notre avis, cela devrait être traité de façon particulière. En effet, on devrait adopter une procédure semblable à la surveillance des investissements étrangers, selon laquelle la Commission est habilitée à faire une recommandation et non pas à émettre une ordonnance.

En ce qui concerne les autres domaines relatifs aux pratiques commerciales, qu'il s'agisse de ventes par correspondance ou de toute autre activité concernant la façon dont fonctionne une entreprise, la nature de ses opérations, nous avons constaté qu'il était moins nécessaire d'instaurer une procédure de révision officielle ou un droit d'appel devant les tribunaux. En conséquence, nous avons suggéré que, lorsqu'un groupe de la Commission est constitué pour entendre ce genre d'appel, la procédure d'appel devrait consister en une demande au ministre d'autoriser une autre audience de l'appel par un nouveau groupe de la Commission qui ne serait pas composé des mêmes membres; cela permettrait de revoir le cas une deuxième fois afin de s'assurer que tous les arguments ont bien été pris en considération lors de la première décision.

M. Philbrook: Cela remplacerait un appel devant les tribunaux.

M. MacAllan: Oui.

M. Huntington: Vous dites également, dans votre mémoire:

L'imprécision de certaines dispositions du projet de loi qui peut à la fois corseter les prix au détriment du consommateur et avoir sur les investissements des effets désastreux pour l'ensemble de l'économie.

Qu'entendez-vous par là?

M. MacAllan: Je vais demander à M. Eldon de vous répondre.

M. W. D. R. Eldon (Conseiller principal de la Division des relations avec le gouvernement, Service des affaires de la société, Société Imperial Oil): Monsieur le président, nous pensons que certaines dispositions de l'article sur la fixation des prix ne feront que corseter ces derniers en raison de l'incertitude du climat. Par exemple, à l'article 34(1)(c), où il est question de prix de vente discriminatoire, le remplacement de l'adverbe «déraisonnablement» par «anormalement» créera une certaine confusion chez les industriels qui se demanderont alors si le fait de déclencher ou de prolonger une guerre des prix tombera sous le coup de cet article. Ce n'est qu'un exemple.

Nous estimons également que d'autres articles relatifs à la fixation des prix contiennent un certain élément d'incertitude, surtout ce nouvel article relatif à la différenciation en matière

[Text]

section because it is civil, whereas the very closely related matter of selling like quantities at discriminatory prices is criminal. Now what will the standards be that the Competition Board will apply in respect of the new civil offence? We feel there is an uncertainty there that could be resolved if those two sections are amalgamated and put on a civil law basis with provisions for cost justification for both practices. As it stands, we feel there is an unnecessary uncertainty.

• 2025

Also, the merger section, I believe, will create an unnecessary uncertainty with respect to joint ventures and mergers because of the absence of an advance clearance provision. I realize the program of compliance which the Director of Investigation has operated but this is not binding advance clearance in any sense. If new facts come to light then he can change his mind. We believe that he should be placed in the position where he has to try to assemble all reasonable facts that bear upon a proposed merger and give binding advanced clearance before the assets are committed.

Also we feel that the lack of a time limit on challenge by the Competition Policy Advocate with respect to mergers creates an element of uncertainty. Wherever there is uncertainty there may be hesitation either to invest or to compete in the form of obvious price-cutting, and we feel that in either case the consumer or the economy will be the loser.

Mr. MacAllan: I wonder, Mr. Chairman, if I might just add one comment.

The Chairman: Proceed, Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: I add it from a fairly lengthy practical experience as a marketer, someone who has been involved in the pricing of products.

I believe that the joint monopolization provisions of the bill and the concern about closely parallel actions really cannot do anything but cause price rigidities as well; that people will be hesitant to take actions and to respond to competitive moves if a competitor reduces price to respond to it in relationship to that section; that they will not understand what they might be opening themselves up to if they respond to price competition in a comparable kind of way.

The Chairman: I see that Mr. Davidson would like to make a comment, I presume on the proposed parallel pricing.

Mr. Davidson: Well, on the question of uncertainty, Mr. Chairman, there is a trade-off between certainty and flexibility, and in the merger area it would be quite easy to be certain, as the American administration is increasingly becoming. In the United States, corporations which are very large absolutely or very large in their field are inhibited from growing by merger. It would be very easy to be certain to apply a certain rule that a company enjoying above a certain percentage of a market or beyond a certain absolute size should be prohibited

[Translation]

de prix. Ce nouvel article nous rend perplexe étant donné qu'il prévoit des procédures civiles, alors que tout ce qui concerne la vente de certaines quantités d'articles à des prix discriminatoires relève du criminel. Nous aimerions donc savoir quelles normes la Commission de la concurrence va adopter en ce qui concerne les nouveaux délits civils. A notre avis, cette incertitude pourrait être dissipée si ces deux articles étaient réunis et fondés sur le droit civil, en prévoyant des dispositions sur la justification des coûts pour ces deux pratiques. Pour l'instant, il règne un climat d'incertitude qui est fort néfaste.

J'ai craint également que l'article sur les fusions n'engendre d'autres incertitudes en ce qui concerne les entreprises conjointes étant donné l'absence d'une disposition sur l'autorisation préalable. Certes, le programme d'observation des normes organisé par le directeur des enquêtes fonctionne bien mais cela ne constitue nullement une autorisation préalable ayant force de loi. En effet, si de nouveaux faits se présentent, il peut alors changer d'avis. A notre avis, il devrait essayer de rassembler tous les faits raisonnables relatifs à un projet de fusion et donner une autorisation préalable ayant force de loi avant que les biens ne soient engagés.

Nous estimons également que l'absence d'un délai fixé à toutes contestations de la part de l'administrateur en ce qui concerne les fusions crée un certain élément d'incertitude. Or, toute incertitude peut entraîner des hésitations soit pour investir soit pour faire face à la concurrence sous forme de réduction de prix et nous estimons que, dans les deux cas, c'est finalement le consommateur ou l'économie qui y perd.

M. MacAllan: Monsieur le président, j'aimerais ajouter un commentaire.

Le président: Je vous en prie, monsieur MacAllan.

M. MacAllan: J'ai une longue expérience pratique des systèmes de commercialisation et j'ai beaucoup participé à la fixation du prix des produits.

A mon avis, les dispositions sur les monopoles conjoints et les préoccupations du bill au sujet des «orientations parallèles ou des comportements semblables» ne serviront pas à grand chose sinon à corseter encore plus les prix. Nous craignons que les gens n'hésitent encore davantage à prendre des initiatives pour faire face à la concurrence, si un concurrent décide de réduire ses prix pour y faire face, conformément à cet article; nous craignons qu'ils ne comprennent pas bien à quoi ils s'exposent s'ils réagissent de cette façon à la concurrence.

Le président: Je vois que M. Davidson a un commentaire à faire, sans doute sur ces orientations parallèles.

M. Davidson: En ce qui concerne cette incertitude, monsieur le président, je pense qu'il y a un compromis à trouver entre la certitude et la souplesse; à mon avis, il serait très facile de rendre le climat un peu plus sûr en ce qui concerne les fusions, comme cela se produit aux États-Unis. Dans ce pays, les sociétés très importantes n'ont pas le droit de se développer davantage au moyen de la fusion. Il serait très facile d'adopter une certaine règle selon laquelle une société dont la taille dépasse telles normes ou dont la part du marché est supérieur

[Texte]

from merger. But Canada cannot really afford that kind of rigidity. It is certain but it is rigid. That is one comment.

The other comment I would like to make, Mr. Chairman, is that in the price discrimination provisions, Dr. Eldon suggests that the change in the language from selling at a price unreasonably low to selling at a price abnormally low introduces uncertainty. But it certainly was the intention of the change, and, we believe, the effect of the change, to add certainty; because something which is abnormal is something which is not normal. And that is an objective test: you can test whether a price is normal or not. A price which is unreasonably low leaves all kinds of room for speculation: "unreasonable" with respect to what criteria?

• 2030

So we believe that in some areas the proposed provisions, and particularly in that example, introduced greater certainty, but we also believe that in some of the provisions such as the merger provisions, to introduce the certainty that Dr. Eldon proposes was at the same time to introduce rigidity.

The Chairman: Thank you very much. Mr. Affleck.

Mr. Affleck: I just had a brief question, Mr. Chairman. If we are going to have uncertainty under proposed Section 31.71, I take it that this is a departure from where we are today, that there is some certainty today. And I would like to ask one of the witnesses why he feels that in mergers today there is certainty.

Dr. Eldon: Mr. Chairman, in mergers today there is more certainty in the sense that it is very difficult for the Director of Investigation to get a conviction.

In a sense, whereas every merger may be subject to the criminal test of what a merger is, the merger section has not been notably successful in restraining mergers. The proposed section on a civil law basis is presumably designed to ensure the director a better record of success. And there are of course certain guidelines in the bill. There is the question of whether it has brought about or there is a high probability that it will bring about substantial gains in efficiency.

But now, these criteria are by no means as certain as they look. With regard to the substantial gains in efficiency, how do you prove a high probability that something will bring about substantial gains in efficiency? This is totally new language.

With regard to the guidelines, how will the competition board waive anything? What will the competition policy advocate choose to bring before the competition board in the light of the completely new cast of the merger section on a civil law basis? We do not know. We know also that joint ventures are clearly caught in this section, whereas they were not necessarily clearly caught before.

So that while Mr. Davidson may see certain new types of certainty in this legislation, there are also new types of uncertainty in it, and the major element of uncertainty for someone who is committing vast assets, for example, to a joint venture

[Traduction]

à tel pourcentage n'aurait pas le droit de fusionner. Bien sûr, le Canada ne peut pas se permettre ce genre de rigidité; vous avez la certitude mais vous avez en même temps la rigidité.

M. Eldon a dit tout à l'heure que, à l'article sur le prix de vente discriminatoire, le remplacement de l'adverbe «déraisonnablement» par «anormalement» introduisait un élément d'incertitude. Or, l'objectif du changement était justement d'apporter un peu plus de certitude; en effet, ce qui est «anormalement» est généralement quelque chose qui n'est pas normal. A notre avis, le fait de dire si un prix est normal ou non est un jugement objectif, par contre, lorsqu'un prix est qualifié de «déraisonnablement bas», cela ouvre la porte à toutes sortes d'interprétations: «déraisonnable» par rapport à quoi?

Nous craignons donc que, dans certains domaines, particulièrement celui que nous avons cité, les dispositions proposées ne fassent qu'accroître l'incertitude; nous estimons également que dans les dispositions concernant les fusions, par exemple, le fait d'introduire plus de certitude, comme l'a proposé M. Eldon, introduirait en même temps une plus grande rigidité.

Le président: Merci beaucoup. Monsieur Affleck.

M. Affleck: J'aimerais poser une brève question, monsieur le président. Si le projet d'article 31.71 crée un nouvel élément d'incertitude, j'en conclus que la situation actuelle est assez sûre. J'aimerais alors demander au témoin pourquoi les procédures actuelles relatives aux fusions créent un climat de certitude.

M. Eldon: Monsieur le président, les procédures actuelles de fusion sont plus sûres en ce sens qu'il est difficile pour le directeur des enquêtes d'obtenir une condamnation.

Même si toute fusion peut faire l'objet d'un procès pénal, l'article sur les fusions n'a pas eu d'effets notoires sur la restriction du nombre de ces fusions. Par contre, l'article proposé, et qui est basé sur le droit civil, est certainement destiné à assurer au directeur de meilleures chances de succès. Certes, le projet de loi contient certaines directives et la question est de savoir si la fusion a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité.

Cependant, ces critères n'offrent pas ou tant de certitude qu'il ne le paraisse. Comment peut-on prouver que l'opération peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité? C'est un libellé tout à fait nouveau.

En ce qui concerne les directives, dans quelles conditions la Commission accorderait-elle une dérogation? Que choisira de présenter l'administrateur devant la Commission étant donné que l'article sur les fusions a été profondément remanié et est désormais fondé sur le droit civil? Nous n'en savons rien. Nous savons par contre que les entreprises conjointes sont couvertes par cet article, alors qu'elles ne l'étaient pas nécessairement avant.

Donc, même si M. Davidson estime que ce projet de loi contient de nouvelles dispositions très précises, il contient néanmoins beaucoup d'éléments d'incertitude, dont le plus important est, pour celui qui veut engager des biens impor-

[Text]

in the high Arctic or some other enterprise, is that he cannot get a binding advance clearance from the director or the competition policy advocate before the venture actually takes shape and crystallizes, nor can he be sure that it will not be challenged later. And I would suggest that there is more risk to a joint venture or to a merger if this proposed section passes, and hence more uncertainty, than there is under the present criminal section which has been in effect for many years.

The Chairman: Thank you very much, Dr. Eldon. Are there any other comments before we proceed?

Mr. MacAllan: Perhaps, Mr. Chairman, I could just make one comment if I may.

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: We are not suggesting that mergers should not be subject to review. That is not the essence of what is being suggested at all. We recognize that there can be harmful mergers and there can be productive mergers. And I think we are all in accord that what we want to do is prevent the harmful mergers and encourage the productive mergers.

It seems to me that what we are concerned about, and the suggestion that we do make, is first of all that the threshold levels be sufficiently high, that those things of significance be examined. We have great uncertainty about what a market is. I think Mr. Davidson would agree that a market definition is a very difficult definition, so when one talks about 20 per cent of a market threshold, it is a difficult definition to understand what it is. Is it a community, is it a province, is it the country? So that is one area of uncertainty that I think is very real.

The only other two suggestions that we are making—we make one with regard to the threshold level—are that there be an opportunity for binding advance clearance and that there be a time limit on the opportunity to look at a merger after it has been consummated. And both of those would certainly remove uncertainty . . .

• 2035

Mr. Affleck: The only comment I have on your latter point, Mr. Chairman, is that I would be concerned about setting up a clearance procedure as a means of solving your problem because it would seem to me, if I were sitting as the Competition Policy Advocate, that if I had the slightest doubt about the merger I would not give you binding advance clearance. And it would only be those mergers that were clearly not affected by this proposed section that would get the go-ahead, and the rest of them would all be turned down and reviewed. Well, not the rest of them, but the major ones.

Mr. MacAllan: Well, that is one of the reasons, I suppose, also for having a threshold level that is high enough to make it a significant merger.

Mr. Affleck: Well, maybe we can talk about that later.

The Chairman: Yes, thank you very much.
Monsieur Clermont.

M. Clermont: Merci, monsieur le président.

[Translation]

tants, dans une entreprise conjointe dans l'Arctique ou d'ailleurs, est qu'il ne peut pas obtenir une autorisation préalable ayant force de loi du directeur ou de l'administrateur avant que cette entreprise ne prenne réellement forme; il ne peut pas savoir non plus s'il sera contesté plus tard. Je prétends donc que, si ce projet d'article est adopté, une entreprise conjointe ou une fusion présentera plus de risques et en conséquence, plus d'incertitude que selon l'article actuel qui est en vigueur depuis de nombreuses années.

Le président: Merci beaucoup, monsieur Eldon. Avez-vous d'autres commentaires?

M. MacAllan: J'aimerais en faire un, avec votre permission, monsieur le président.

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Nous ne proposons pas de dispenser les fusions du processus de révision. Ce n'est pas du tout de que nous proposons. Nous reconnaissons que, parmi les fusions, il y en a qui sont néfastes et il y en a qui sont productives. Je pense que notre objectif à tous est d'essayer d'interdire les fusions néfastes et d'encourager les fusions productives.

Nous proposons tout d'abord que les seuils soient fixés à un niveau suffisamment élevé pour que seules les choses importantes soient examinées. Tout marché est plein d'incertitude. M. Davidson, reconnaîtra sans doute avec moi que définir un marché est un exercice extrêmement difficile; donc, lorsqu'on parle de 20 p. 100 du marché, il est difficile de comprendre ce que cela veut dire. S'agit-il d'une collectivité, d'une province, d'un pays? A mon avis, c'est une incertitude qui est très grande.

Nous n'avons que deux propositions à faire: d'abord, que le bill prévoit l'autorisation au préalable des fusions et deuxièmement qu'un délai d'examen soit prévu pour les fusions sanctionnées. Ces deux propositions réduiraient certainement l'incertitude

M. Affleck: En ce qui concerne l'autorisation préalable, monsieur le président, il me semble que si j'étais Administrateur de la politique de la concurrence et que j'avais des doutes sur une certaine fusion, je n'accorderais pas l'autorisation au préalable. Cette dernière ne constitue donc pas une solution au problème. Seules les fusions exemptées de l'article en question recevraient une autorisation préalable; les autres seraient rejetées et soumises à un examen, non pas toutes les autres, mais les plus importantes.

M. MacAllan: Eh bien, c'est l'une des raisons pour que le seuil soit fixé de sorte qu'on ne s'occupe que des fusions importantes.

M. Affleck: Nous pourrions peut-être en reparler.

Le président: Oui, merci beaucoup.

Mr. Clermont:

Mr. Clermont: Thank you, Mr. Chairman.

[Texte]

Dans votre mémoire, vous dites que l'Administrateur pourra intenter des poursuites en vertu de l'article de droit civil sur les monopoles ou les monopoles conjoints alors qu'une partie privée pourrait par ailleurs intenter un procès ou une action collective en vertu de la disposition de droit criminel sur les monopoles.

Étant donné qu'une partie privée ne peut poursuivre qu'en vertu des deux premières dispositions si une ordonnance de la Commission n'a pas été respectée, de quel autre recours disposerait cette partie privée si ce n'est de poursuivre en vertu de l'article 33?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: I am sorry, Mr. Chairman, I am not sure that I have understood the question.

The Chairman: Would you like to restate it again?

Mr. Clermont: No, I am not going to repeat my question, sir. I am sorry. I am not going to repeat my question. I will ask another one.

A la page 111.12, quel motif vous permet de croire que l'Administrateur n'aurait recours aux dispositions sur les monopoles conjoints que pour restructurer de fond en comble une industrie?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: Mr. Chairman, the provisions of the bill, as I understand them, are that the Competition Policy Advocate can initiate an inquiry under such sections as the joint monopolization section. He has the right to do so. And that inquiry, the joint monopolization section, is a broadly stated section which deals with almost any industry in Canada of consequence or size, whether it is the steel industry or the automotive industry or the lumbering industry or whatever it may be, in the sense that the joint monopolization section deals with an oligopoly, with industries with relatively few firms in it.

With the ability to open an inquiry, the Competition Policy Advocate, on his own initiative, can enter into an inquiry of each of those firms, if he should so choose to do so.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, may I have the reaction of Mr. Affleck?

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: Mr. Chairman, again, we have a situation where—I do not think we covered this this afternoon—the three tests that are set out in that section have been properly delineated. We are talking about a small number of persons, not all of whom are affiliated, to achieve substantial control by adopting closely parallel policies or closely matching conduct, which has a restrictive effect. So it is not all oligopolies or all joint action that is going to be covered but only that type of action that satisfies those tests.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I would like now to have Mr. Davidson's reaction.

The Chairman: Mr. Davidson.

[Traduction]

In your brief, you say that the Advocate could take legal action under civil law provisions on monopolies, or joint monopolies and that private or class actions would be possible under criminal law on monopolies.

Since a private party can only take action under the first two sections and if the board's order is not respected, what other remedy would be available to a private party who cannot take action under Section 33?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Je regrette, monsieur le président, mais je ne suis pas certain d'avoir compris la question.

Le président: Voudriez-vous la répéter?

M. Clermont: Non, monsieur, je ne veux pas répéter ma question. Je regrette. Mais je ne vais pas répéter. Je vais en poser une autre.

On page 111.12 of your brief, what leads you to believe that the Advocate would only resort to the provisions on joint monopolies to restructure an industry?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Monsieur le président, si je comprends bien le bill, l'Administrateur de la politique de la concurrence peut faire enquête en vertu de l'article sur les monopoles conjoints. Il a le droit de le faire. En effet, l'article sur les monopoles conjoints est assez vaste et s'applique à presque toute l'industrie canadienne de quelque importance, qu'il s'agisse de l'industrie de l'acier, de l'automobile ou du bois d'œuvre, parce qu'ils traitent des oligopoles, c'est-à-dire des industries qui comptent relativement peu de sociétés.

L'Administrateur de la politique de la concurrence pourrait, à son gré, faire enquête sur n'importe lesquelles de ces sociétés.

M. Clermont: Monsieur le président, pourrais-je avoir la réaction de M. Affleck?

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Encore une fois, monsieur le président, voilà une situation que nous n'avons pas encore examinée cet après-midi. Les trois critères prévus à l'article ont été très bien définis. Il s'agit d'un petit nombre de personnes, non pas toutes affiliées entre elles, qui parviennent à contrôler sensiblement le marché en adoptant des orientations parallèles ou des comportements semblables qui ont pour effet de restreindre la concurrence. Il ne s'agit donc pas de remettre en question les actions de tous les oligopoles ou toutes les actions collectives, mais les actions qui dépendent aux critères.

M. Clermont: Monsieur le président, je voudrais avoir la réaction de M. Davidson.

Le président: Monsieur Davidson.

[Text]

• 2040

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I think there is a very important aspect of the answer to the question and that is that the board, in providing a remedy, must choose a remedy which is the least disruptive to the parties concerned, but which still achieves the objective. So the board would not be permitted to restructure an industry, if that was unnecessary to achieve the remedy for the problem that was put before it.

Le président: Monsieur Clermont.

Mr. Clermont: Monsieur le président, à la page 111.17, le mémoire recommande un seuil combiné de 20 p. 100 de la part d'un marché qui est de 20 millions d'actifs ou de ventes. Est-ce que cela ne permettrait pas selon vous, un accroissement illimité du niveau de concentration? Par exemple, est-ce qu'il ne serait pas facile dans un domaine quelconque pour un gros détaillant, d'acheter d'une manière ou d'une autre, la compétition qu'il pourrait avoir pour la vente de ses produits?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: The problem that we saw with the 20 per cent of a market definition was the uncertainty of the size of the market; whether or not 20 per cent of the market was significant in any market or in any area. We believe that it was a very low threshold for examination of mergers. It could involve two relatively small firms in a small community, for example. We simply felt that in addition to a market test, which had a high level of uncertainty,—in order to ensure that only those mergers which were of significance, were tested—there should be a test related some other factor of size, and the suggestion is quite arbitrary in the sense of \$20 million.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I see that Mr. Davidson would like to react to Mr. MacAllan's reply.

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Thank you, Mr. Chairman. I think it is important to recognize that an absolute threshold may have a very different implication, depending on the industry you are looking at. I am thinking particularly of the pharmaceutical industry. It is not generally known, but there are some enormously important drugs which are sold by very small companies, and it would be quite conceivable that mergers of all of the drug companies producing these enormously important drugs for a limited part of the population, could achieve a monopoly in a variety of areas, and still not rise above this threshold of \$20 million.

Le président: Monsieur Clermont.

Mr. Clermont: Monsieur le président, à la page 111.21 on recommande une période de dix ans pour les accords de spécialisation. Présentement, je crois qu'il n'y a aucune période. Est-ce qu'il ne serait pas possible, pour éviter que des cartels permanents ne s'implantent, de suggérer ou de recommander une période de cinq ans au lieu de 10 ans?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: Mr. Chairman, I think the problem with the five-year period is simply that the lead time that is involved in

[Translation]

M. Davidson: Monsieur le président, je crois qu'il est important de souligner que lorsqu'elle impose des mesures correctives, la Commission doit veiller à nuire le moins possible les parties en cause tout en cherchant à atteindre l'objectif précisé par la loi. Ainsi, la Commission n'aurait pas le droit de restructurer une industrie si cette solution n'était pas nécessaire afin de remédier à une pratique contestable.

The Chairman: Mr. Clermont.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, on page 111.17 the submission commends a twin threshold of 20 per cent of market share and \$20 million of assets or sales. Do you not think that this would allow for an unlimited increase in the level of concentration? For instance, would it not be possible for a large retailer in a particular field to buy, in one way or another, competitors he might have for the sale of his products?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: D'après nous, la définition portant sur 20 p. 100 d'un marché ne tient pas compte de l'importance du marché; selon les cas, 20 p. 100 de la part d'un marché peut avoir une importance très variable. Nous estimons qu'il s'agit d'un seuil très peu élevé pour justifier une enquête sur une fusion éventuelle. Il pourrait s'agir de deux entreprises relativement petites dans une petite localité, par exemple. Pour cette raison, en plus du critère relatif au marché, qui, à notre avis, est bien trop incertain, nous croyons qu'il devrait y avoir un facteur permettant de limiter les enquêtes aux fusions importantes et c'est pour cette raison que nous avons proposé l'autre critère arbitraire de 20 millions de dollars d'actif ou de ventes.

M. Clermont: Monsieur le président, je vois que M. Davidson aurait quelque chose à dire à ce sujet.

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Merci, monsieur le président. Je crois qu'il importe de signaler qu'un seuil absolu peut avoir des répercussions très différentes selon l'industrie. Je pense plus particulièrement à l'industrie pharmaceutique. Il existe certains médicaments et drogues très importants vendus par des entreprises très petites et il est concevable qu'une fusion de toutes les sociétés qui produisent ces produits pharmaceutiques destinés à une partie limitée de la population pourrait créer un monopole dans divers domaines sans dépasser ce seuil de 20 millions de dollars.

The Chairman: Mr. Clermont.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, on page 111.21 a 10-year period for specialization agreements is recommended. I believe that at the present time, there is no time limit. In order to prevent cartels from taking permanent root, would it not be possible to recommend a five-year rather than 10-year period?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Monsieur le président, l'ennui avec une période de cinq ans, c'est simplement que la restructuration

[Texte]

the restructuring of industries that might be required in terms of a specialization agreement could be longer. With a five-year payout period the assurance of the opportunity to pay out the costs that were involved in whatever actions were taken to effect the specialization agreement, if it were only guaranteed for five years, would in effect, negate the willingness to enter into the specialization agreement. Most business decisions are taken on over a longer time frame in terms of their earning potential.

• 2045

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Clermont, your last question.

M. Clermont: À la page 4.9, vous suggérez qu'on ajoute les contrats de vente à l'alinéa 34.1(a). Est-ce que vous pourriez nous donner des explications pour justifier une telle recommandation?

The Chairman: Dr. Eldon.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, with regard to the matter of agreement for sale as distinct from a sale, we are concerned about a situation in which the supplier undertakes to contract for, say, a year's supply. This is an agreement for sale. The question is whether separate deliveries from time to time under that contract would be separate sales or part of the one contracted sale. The difficulty would arise if, at some time during the period of a contract in which the price had been arranged some time in advance, the actual price on current sales differs from the price in the contract. We feel the clarification in wording is desirable to prevent that unintended result.

M. Clermont: Monsieur le président, puis-je avoir les commentaires ou l'opinion de l'un des représentants du ministère et ensuite celle de notre conseiller juridique sur la suggestion qui a été par un . . .

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: I would rather hear the department on this.

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I think there are possibilities for abuse. In the circumstances that Dr. Eldon envisaged, it would be possible for someone to sign up for a 20-year requirements contract and to take delivery from time to time during that 20 years, and to expect that any particularly favourable price he was accorded would be justified on the basis that he was buying this enormous quantity over 20 years. On the other hand, if it were simply a one-year supply, I think the favourable price for that based on the one-year volume might very well be justifiable. I think we would want to have more facts about the particular transaction.

The Chairman: Mr. Affleck.

Mr. Affleck: Mr. Chairman, it is a device that I use from time to time, and it is one way, I think, of avoiding the section. I think Dr. Eldon made a good point. The words have now been moved around a bit, but they are: "at the time the offer

[Traduction]

d'une industrie en vue d'un accord de spécialisation pourrait exiger plus longtemps. Si l'on pouvait garantir pour seulement cinq ans le paiement des frais liés à l'application de l'accord de spécialisation, cela découragerait la participation à de telles entreprises. Généralement, les décisions dans le monde des affaires sont prises en tenant compte des recettes potentielles sur une plus longue période.

Le président: Merci beaucoup.

Monsieur Clermont, votre dernière question.

Mr. Clermont: On page 4.9, you suggest that the sales contract be added to paragraph 34.1(a). What are your explanations justifying this recommendation?

Le président: Monsieur Eldon.

M. Eldon: Monsieur le président, en ce qui concerne la distinction entre un accord de vente et une vente, nous pensons à une situation où le fournisseur s'engage à vendre des approvisionnements pour une année. Il s'agit là d'un accord de vente. On devrait déterminer si des livraisons séparées aux termes du contrat seraient des ventes séparées ou bien feraient partie d'un contrat de vente. Un problème se poserait si, pendant la durée du contrat ayant fixé le prix à l'avance, le prix réel des ventes différerait du prix fixé dans le contrat. Nous estimons que le texte doit être plus précis afin d'éviter cela.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, could I have the comments or the opinion of the representatives of the department of the representatives of the department and of our legal counsel on the suggestion which was made by . . .

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: J'aimerais d'abord entendre l'observation du ministère.

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Monsieur le président, je crois qu'il existe des possibilités d'abus. Dans les circonstances décrites par M. Eldon, il serait possible que quelqu'un signe un contrat d'approvisionnement pour une période de 20 ans et que les livraisons soient faites de temps à autre pendant cette période, le prix favorable étant justifié par le fait qu'il s'agissait de l'achat d'une quantité énorme au cours d'une période de 20 ans. Par contre, s'il s'agissait simplement de l'approvisionnement d'une année, je crois que le prix favorable pourrait être justifié par le volume d'achat. Je crois que nous devrions avoir plus de données sur la transaction en question.

Le président: Monsieur Affleck.

M. Affleck: Monsieur le président, c'est une méthode que j'emploie de temps à autre et je crois que c'est une façon de contourner l'article. Je crois que l'observation de M. Eldon est valable. Il est vrai que la formulation a été légèrement modi-

[Text]

or sale are made". All you do is stock up one customer so that his warehouse is full. Then you make a very advantageous offer to him and to somebody else, knowing that the customer with the stocked warehouse cannot take it. You complete the sale. There is no discrimination because you have offered it to both of them at the same time, and away you go. If that is the abuse that Dr. Eldon sees, there might be good reason for taking that into consideration.

• 2050

Mr. Eldon: Mr. Chairman, might I respond briefly? I think our intention is not to shelter abuses but to find some way of covering our normal commercial practices of letting contracts to some of our customers over a period of, say, a year so they have a legitimate assurance of supply over a period of time. This may not be the best way of solving the question that Mr. Clermont has raised, but we would suggest that unless you solve it, there may in effect be some doubt as to whether legitimate contract sales are going to be in trouble under this section.

Mr. Affleck: But you would have to offer that sale to all your competitors who are all competitors of the person to whom you were offering that particular contract.

Mr. Eldon: Oh, yes, and we would do so.

The Chairman: Mr. Clermont, your time has expired but if you want to pursue this specific point for a moment . . .

Mr. Clermont: No, but put my name on the list again.

The Chairman: Thank you very much. Mr. Philbrook.

Mr. Philbrook: Thank you, Mr. Chairman. I would like to add my congratulations to the witnesses for their presentation. I would like to offer a special welcome to Mr. Eldon, one of my fellow townsmen from Oakville and also St. Jude's Church, if I can put in that commercial.

I would like to ask the witnesses a few questions about some of their impressions about the functioning of the board, and this is in section VI. In points 3 and 4 you recommend that a member of the board preside at oral examinations of witnesses. Would that not be a little out of character for anyone on the board to be involved this way in the early investigation stage? It would seem to me that there was intended to be some differentiation of function there.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, the question is whether one would prefer a hearing officer as contemplated in the bill or a member of the board. The hearing officer, as contemplated in the bill, evidently will not be paid a salary but will receive a fee. He will therefore not be a permanent employee of the government service, for example, or a judge or some official on a government salary, but rather he will be taken from a list of counsel available in the city where a hearing would take place. The difficulty that I see, Mr. Chairman, as a former member of the Restrictive Trade Practices Commission, is that someone who is called in on a fee basis, on an occasional basis from a list, in that fashion is under a certain subtle psychological pressure to please the people who recommend him. This, I

[Translation]

fiée, mais on continue à préciser: «Au moment où l'offre ou la vente est faite». Il suffit de remplir l'entrepôt d'un client. Après cela, on peut faire une offre très avantageuse à ce client et à un autre, sachant très bien que celui dont l'entrepôt est déjà rempli ne pourra pas l'accepter. Ensuite, on réalise la vente. Il n'y a pas eu de discrimination parce qu'on a fait la même offre aux deux clients en même temps et il n'y aura pas de problèmes. Si c'est le genre d'abus envisagé par M. Eldon, il y aurait peut-être lieu d'en tenir compte.

M. Eldon: Monsieur le président, puis-je faire une brève réponse? Nous n'avons pas l'intention de camoufler des abus, mais plutôt de pouvoir continuer notre pratique commerciale d'accorder un contrat à certains de nos clients pour, disons, une période d'un an afin d'assurer l'approvisionnement pendant ce temps. Ce n'est peut-être pas la meilleure manière de résoudre la question posée par M. Clermont, mais si vous ne prévoyez pas cette situation, il pourra se poser des problèmes en vertu de cet article pour les contrats de vente légitimes.

M. Affleck: Mais il faudrait offrir les mêmes conditions à tous les concurrents de l'entreprise à qui vous offririez ce contrat.

M. Eldon: Bien sûr.

Le président: Monsieur Clermont, votre temps est écoulé mais si vous voulez poursuivre cette question . . .

M. Clermont: Non, mais veuillez inscrire mon nom pour un deuxième tour.

Le président: Merci beaucoup. Monsieur Philbrook.

M. Philbrook: Merci, monsieur le président. J'aimerais également féliciter les témoins de leur mémoire. Je tiens à souhaiter la bienvenue tout spécialement à M. Eldon, qui vient, comme moi, de Oakville et qui est également paroissien de Saint-Jude.

J'aimerais poser une question aux témoins sur la façon dont ils voient le fonctionnement de cette Commission. Vous recommandez qu'un membre de la Commission entende le témoignage oral des témoins. Ne serait-il pas inopportun qu'un commissaire participe de cette façon à l'étape préliminaire d'une enquête? J'ai l'impression que l'on voulait établir ici une différence de fonction.

M. Eldon: Monsieur le président, il s'agit de savoir si l'on préfère une personne chargée de l'audition, telle qu'elle est prévue dans le projet de loi, à un membre de la Commission. La personne chargée de l'audition ne reçoit pas un traitement mais un honoraire. Ainsi, il ne s'agira pas d'un fonctionnaire ou d'un juge, mais elle sera choisie parmi une liste d'avocats établie pour la ville où aura lieu l'audition. En tant qu'ancien membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, je prévois que cette façon de procéder peut causer des difficultés puisque l'avocat choisi ressentira une obligation psychologique assez subtile de plaire à l'agence qui l'a recommandé, en l'occurrence, l'administration de la politique de la concurrence.

[Texte]

would suggest, would likely be in effect the Bureau of Competition Policy or the Competition Policy Advocate's department.

In an actual hearing I fear that there is some subtle jeopardy to the impartiality and independence of the presiding officer who, in effect, should be as concerned about protecting the rights of the witness as about the effectiveness of the director's or Advocate's investigation. For this reason we have preferred that a member of the board should continue to preside at such hearings, as is now the case. In my experience, Mr. Chairman, this assures the witness of an impartial, independent presiding officer in a fashion that is better than having an occasional hearing officer.

• 2055

Mr. Philbrook: Mr. Eldon, I am not sure whether or not I understood this correctly. Are we talking about the work that goes on at the early stage conducted by the policy advocate?

Mr. Eldon: Yes, where a witness is examined in private.

Mr. Philbrook: I am still wondering then why it is necessary at all to have someone involved at that stage, someone else other than the advocate.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, I think it is a matter of the rights of the person who is being examined in private. The *Financial Post* possibly puts it a little crudely when they refer to combines cops, but there is an element of that in it. The Director of Investigation is trying to unearth wrongdoing and it is a definite protection to the rights of a person whose conduct is being inquired into if he can not only be represented by counsel but be also assured of an impartial presiding officer who can limit the questioning of the Combines Officer who is examining the witness.

Mr. Philbrook: And you say that this is being done at the present time under the old Act.

Mr. Eldon: Yes, sir.

Mr. Affleck: But there is one basic difference, if I may interrupt, Mr. Chairman. The Restrictive Trade Practices Commission at the moment does not make the type of order that the Competition Board is capable of making under the new setup, or under the new provisions, and it would seem to me there would be risks by conducting the procedure you have discussed, having a member of the Competition Board, intimately involved in an inquiry, taking this information back. And I realize he might not sit on the resulting application. But I think, Dr. Eldon, you would know from your experience that the members of the board or the Restrictive Trade Practices Commission would discuss matters amongst themselves, where they have been and what they have been doing, and I certainly would not want evidence given in an inquiry in private to be disseminated amongst the members of the board, even impressions of it, before my case, if it eventually came, came before that board.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, this may be very well a matter of opinion and argument. In the present circumstances I do not believe the involvement of the members of the Commission in the early stages of the inquiry has resulted in prejudice to the

[Traduction]

Je crains que l'impartialité et l'indépendance du président ne soient mises en danger quand c'est justement la personne qui doit veiller à protéger les droits du témoin tout en permettant à l'administrateur de faire une enquête valable. Pour cette raison, nous préférons qu'un membre de la Commission continue à présider des audiences semblables, comme c'est maintenant le cas. D'après mon expérience, monsieur le président, cette pratique assure mieux l'impartialité et l'indépendance du président que le recours à quelqu'un de l'extérieur.

M. Philbrook: Monsieur Eldon, je ne suis pas sûr d'avoir bien compris votre remarque. Il s'agit bien de l'étape préliminaire de l'enquête de l'administrateur?

M. Eldon: Oui, on pose des questions au témoin en privé.

M. Philbrook: Je me demande pourquoi il est nécessaire d'y faire participer quelqu'un d'autre que l'administrateur.

M. Eldon: Monsieur le président, je crois qu'il est question des droits de la personne qui subit l'interrogatoire en privé. Il y a un élément de vérité dans le terme employé par le *Financial Post* c'est-à-dire « policiers des coalitions. » Le directeur de l'enquête essaie d'établir s'il y a eu infraction et les droits de la personne dont on examine le comportement sont mieux protégés si elle peut être représentée par un avocat et s'il y a également une personne impartiale chargée de l'audience qui peut limiter les questions de l'interrogateur.

M. Philbrook: Et vous dites que cela se passe ainsi actuellement en vertu de l'ancienne loi.

M. Eldon: Oui, monsieur.

M. Affleck: Il existe une différence fondamentale, monsieur le président. Actuellement, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ne fait pas le genre d'ordonnance que pourra faire la Commission de la concurrence aux termes du projet de loi. Il me semble que la procédure que vous avez proposée comporte des risques certains puisqu'un membre de la Commission qui avait participé à cette enquête préliminaire pourrait en parler avec ses collègues. Je sais bien que ce commissaire ne serait pas forcément obligé de siéger pour entendre la demande ensuite. Mais je crois que vous savez, d'après votre expérience comme membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, monsieur Eldon, que les commissaires discutent de leurs affaires entre eux et je ne voudrais certainement pas que des témoignages d'une enquête tenue en privé soient discutés parmi les membres de la Commission même s'il s'agit d'impressions, avant que la cause ne soit entendue par la Commission.

M. Eldon: Monsieur le président, c'est sans doute une question d'opinion. Dans les circonstances actuelles, je ne crois pas que la participation des membres de la Commission aux étapes préliminaires de l'enquête ait porté préjudice à la cause

[Text]

case of people who may later be accused and brought again before the Commission in a hearing for argument.

One of the things of course, Mr. Affleck is suggesting or pointing to here is the much broader powers of the competition Board, as contemplated in Bill C-42. On the other hand, we are providing what we hope would be a better appeal from the decisions of the board. We are urging that some of the substantive provisions that confer these very wide powers be deleted, such as the joint monopolization section and the catch-all clause in that section. So we do not consider that the scope of powers should be as great as it is in Bill C-42.

Mr. Dennis De Melto (Director, Manufacturing Branch, Department of Consumer and Corporate Affairs): Mr. Chairman, from the Department's viewpoint, I think we also, to a very great extent, agree with Mr. Eldon, that it is a very arguable question. I think this is a case where the drafting was influenced by the consistency and the vigour of the representations which we received from the legal and the business community over the last few years to the effect that they did not want the commissioners to be involved in the inquiry process of the director. They have always been very consistent and very strong on that, and that certainly influenced us in the drafting in this case.

• 2100

Mr. Philbrook: Mr. Chairman, if the point at issue, if I understand it correctly, is the protection and support of the witness, would it not be more appropriate if the person attending was an adviser or counsel personally chosen by the witness?

Mr. Eldon: Mr. Chairman, does Dr. Philbrook mean as the presiding officer?

Mr. Philbrook: I think you have indicated presiding officer here, either that or someone at least attending with the witness.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, those two things are separate. I would say that in point 3 on page VI. 2 we are suggesting that a member of the Board rather than a hearing officer should preside. This assures someone who is knowledgeable in the field and in our view someone who is impartial. We are also, in point 4 on the same page, urging that a right that a party whose conduct is being examined into now has should be retained, and that is that he should be represented by counsel when a witness is being examined under oath who may, in effect, say very bad things about him unchallenged.

Mr. Philbrook: So you are really recommending both?

Mr. Eldon: We are recommending both.

Mr. Philbrook: What is your reaction, then, to Mr. De Melto's statement that in their conversations with businessmen they had the impression that businessmen did not want a member of the . . .

Mr. MacAllan: Perhaps I could respond to that. We do not always agree with the rest of the business community.

The Chairman: Thank you very much, Dr. Philbrook.

[Translation]

des personnes qui ont dû comparaître plus tard devant la Commission.

En fait, M. Affleck a indiqué l'étendue plus vaste des pouvoirs de la commission de la Concurrence, prévus dans le Bill C-42. D'autre part, nous accordons, nous l'espérons, une meilleure possibilité de faire appel d'une décision de la Commission. Nous préconisons la suppression de certaines de ces dispositions qui accordent des pouvoirs très vastes; nous pensons, par exemple, à l'article sur le monopole conjoint et à l'article «ramasse-tout». Nous ne pensons pas que les pouvoirs devraient être aussi étendus que dans le Bill C-42.

M. Dennis De Melto (Directeur, Division de la fabrication, ministère de la Consommation et des Corporations): Monsieur le président, du point de vue du ministère, nous aurions tendance à partager l'opinion de M. Eldon, selon laquelle il s'agit d'une question contestable. Je crois que dans ce cas le texte a été influencé par les instances énergiques que nous avons reçues de juristes et du monde des affaires depuis quelques années, selon qui les commissaires ne devraient pas participer à l'enquête de l'administrateur. Ils ont toujours insisté sur ce point et nous ont influencés.

M. Philbrook: Monsieur le président, si je comprends bien le principe en cause, il s'agit de la protection des droits du témoin. Dans ce cas, ne serait-il pas préférable que la personne soit un conseiller ou un avocat choisi spécialement par le témoin?

M. Eldon: Monsieur le président, M. Philbrook parle-t-il de la personne chargée de l'audition?

M. Philbrook: Je crois que c'est comme cela que vous l'avez appelée. Il pourrait s'agir simplement d'une personne qui accompagnerait le témoin.

M. Eldon: Monsieur le président, il s'agit de deux choses séparées. A la page 6.2, à notre troisième recommandation, nous disons qu'un membre de la Commission et non une personne chargée de l'audition devrait présider. Cela garantit une personne compétente et impartiale. Notre quatrième recommandation dit qu'une personne qui fait l'objet d'un examen devrait conserver son droit de se faire représenter par un avocat; lorsqu'un témoin est interrogé sous serment, celui-ci pourrait faire des affirmations préjudiciables sans être contesté.

M. Philbrook: De sorte que vous recommandez les deux?

M. Eldon: Nous recommandons les deux.

M. Philbrook: Comment réagissez-vous à l'affirmation de M. De Melton selon qui les hommes d'affaires avec qui il a eu des entretiens ne voulaient pas qu'un membre de la . . .

M. MacAllan: Permettez-moi de préciser que nous ne sommes pas toujours d'accord avec le reste du monde des affaires!

Le président: Merci, monsieur Philbrook.

[Texte]

Mr. Philbrook: Could I have a second round, please?

The Chairman: Yes. Mr. McCain.

Mr. McCain: Mr. Chairman, I wonder whether the witnesses would tell us why they have included the last two lines in their summary there, where they have summarized as a part of their philosophy:

The punitive provisions of class and substitute actions . . .

Could they tell us why they have put that in?

Mr. MacAllan: Why we use the word "punitive"?

Mr. McCain: They indicate they are against class and substitute actions.

Mr. MacAllan: This is in the opening statement?

Mr. McCain: Your opening statement, the summary on page 4.

Mr. MacAllan: I wonder whether I could ask Mr. Batt to respond to that?

The Chairman: Mr. Batt.

Mr. H. G. Batt, Q.C. (Associate General Counsel, Imperial Oil Limited): Mr. Chairman, I think we did not go so far as to say we are against class actions, because that is rather like being against motherhood. Theoretically, class actions are very attractive. The idea that a large number of people who individually suffered small amounts of damage, too small to permit individual actions, can band together and bring a single action is in theory a very attractive idea. In practice, however, it is our belief that it is fraught with difficulties. Bill C-42, in our submission, does not really deal with some of the most difficult problems of class actions. I am thinking in particular of notice and the determination of individual claims. The bill leaves these matters to be determined either by regulation or by the courts.

The other aspect of class actions that disturbs us is this. Our understanding of the American experience with class actions is that the individual recovery by individual plaintiffs has been very very small. We are talking about very few dollars. The legal profession has, of course, benefited enormously. It is true that we do not have the contingent fee, at least in all provinces, which has been a great spur to class actions in the United States, but the danger is still there.

In the case of the substitute action, our submission is that there is really no justification for it. The Advocate has the criminal procedure available to him, and one would expect he would pursue it if he has a case. From the point of view of unjust enrichment of a defendant—which is apparently a concern—that can only be justified on the basis that the courts levy inadequate fines—with which I personally would not agree. We therefore view the substitute action procedure as unnecessary and punitive.

[Traduction]

M. Philbrook: Veuillez m'inscrire pour un deuxième tour, s'il vous plaît.

Le président: Oui. Monsieur McCain.

M. McCain: Monsieur le président, les témoins pourraient-ils nous expliquer pourquoi ils ont parlé, à la fin de leur résumé de . . .

Les dispositions punitives que sont les actions collectives et indirectes . . .

Que veulent-ils dire?

M. MacAllan: Pourquoi nous avons décrit ces dispositions comme punitives?

M. McCain: Pour indiquer qu'ils sont contre les actions collectives et indirectes.

M. MacAllan: Vous parlez de la déclaration préliminaire?

M. McCain: Oui, à la page 4.

M. MacAllan: J'inviterais M. Batt à répondre.

Le président: Monsieur Batt.

M. H. G. Batt, c.r. (conseiller juridique, La Société pétrolière Impériale Limitée): Monsieur le président, nous ne sommes pas allés jusqu'à dire que nous sommes contre les poursuites collectives; ce serait très mal vu. En principe, les actions collectives peuvent offrir bien des avantages. C'est bien tentant d'accepter l'idée qu'un grand nombre de personnes qui ont chacune subi un tort individuel qui n'est pas suffisant à justifier des poursuites en dommages-intérêts peuvent se regrouper collectivement comme partie civile. Mais nous estimons que l'application de cette idée est d'une grande difficulté. A notre avis, le Bill C-42 ne règle pas quelques-uns des problèmes les plus difficiles d'une action collective. Je pense surtout à la détermination du montant des dommages-intérêts accordé à chaque partie à une action collective. Selon le projet de loi, cette question peut être déterminée par règlement ou par le tribunal.

Il y a un autre aspect de cet idée d'action collective qui nous inquiète. D'après l'expérience américaine, le montant recouvré par les différentes parties civiles d'une action collective a été très négligeable. Il s'agirait de quelques dollars. Les avocats, par contre, en ont beaucoup profité. Il est vrai qu'il n'existe pas dans toutes les provinces le même système d'honoraires qui a beaucoup encouragé les actions collectives aux États-Unis, mais le risque demeure.

Pour ce qui est de l'action indirecte, nous estimons que cette mesure n'est pas du tout justifiée. L'administrateur peut poursuivre au criminel et il devrait se servir de cette possibilité s'il a une bonne cause! Quand à l'enrichissement du défendeur—apparemment, c'est une préoccupation—cela ne peut être justifié que si les tribunaux imposent des amendes inadéquates, pour lesquelles je ne suis pas d'accord personnellement. Par conséquent, nous voyons la procédure d'action indirecte comme étant inutile et punitive.

[Text]

• 2105

Mr. McCain: Is it correct that in certain states certain manufacturers, particularly among the smaller of the manufacturers, will not market their wares in places where class action is very, very easy and often applied?

Mr. Batt: I cannot answer that, Mr. Chairman. I have not that much knowledge of the American situation.

Mr. McCain: That was my understanding. In the case of one manufacturer, he will not market in certain states of the United States. Those who need his product have to buy it elsewhere and take it home.

Mr. MacAllan: I might comment, if I may, about a somewhat similar concern expressed at a conference on the subject at which I was present and acting as a seminar leader. There were two or three small suppliers in the group who were speaking to me. Their concern was that the threat of class action could be used, in effect, in situations of their supply as a blackmailing device to force similar terms or conditions of supply to a particular group of customers. They were concerned about the nature of class action and what it could do, not once it reached the courts but just in terms of a threat. The validity of that I am not sure of, but it was an expressed concern.

Mr. McCain: I agree with what the witness said. I am not speaking this to oppose it, but I think it is like a lot of other items, Mr. Chairman, there is a place for an element of cost-benefit analysis and consideration before this becomes a statute, or seriously considered for a statute. My understanding is that there are companies in the United States that have actually gone bankrupt as a result of class actions and that a multitude of smaller companies—I have never heard tell of anybody like GE or Exxon or anybody getting into bankruptcy as a result of it—smaller companies have found themselves having to build into cost certain allowance for this. Others have found themselves in a position of bankruptcy as a result of class actions. I do not know whether that is what should be the motive for embracing motherhood.

I would like to see a very serious consideration of the cost benefits that would accrue to society from this. Would the members of the department have any comments—other than that it is motherhood?

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I would like to make one comment on the matter of companies' building in a factor in their prices to take account of the possible risk of class action. The question is, if they can do that, why do they not build that additional factor into the price whether or not there is a risk of class action?

The Chairman: Thank you.

Mr. McCain: I do not think that is any justification for the approach. That may be an excuse, but it is not a justification, Mr. Chairman. Some of the reading one has had to do in connection with this is not entirely within the briefs that have been presented. Some of the articles have indicated some very

[Translation]

M. McCain: Est-il vrai que dans certains États, certains fabricants, surtout parmi les moins importants, ne commercialisent pas leurs produits dans des endroits où l'action collective est très facile et souvent utilisée?

M. Batt: Je ne puis répondre à cette question, monsieur le président. Je ne connais pas suffisamment l'économie américaine.

M. McCain: C'est ce que j'avais compris. J'ai entendu parler d'un fabricant qui ne voulait pas mettre en marché ses produits dans certains États américains. Ceux qui veulent son produit doivent l'acheter ailleurs pour le rapporter chez eux.

M. MacAllan: Si vous me le permettez, je voudrais vous parler d'une préoccupation un peu semblable qui a été exprimée à une conférence où j'assistais, comme président de séminaire. Il y avait deux ou trois petits fournisseurs dans le groupe qui s'adressaient à moi. Ils s'inquiétaient du fait que la menace d'action collective puisse servir pour leurs produits comme moyen de chantage pour imposer des conditions semblables d'approvisionnement à un groupe de clients donnés. Ils s'inquiétaient de la nature de l'action collective, de ce qu'elle pouvait faire, non pas une fois devant les tribunaux mais simplement du point de vue menace. On a exprimé cette crainte, mais je ne sais pas si elle était fondée.

M. McCain: Je suis d'accord avec le témoin. Je ne dis pas cela pour m'opposer, mais c'est comme bien d'autres choses monsieur le président, il faudrait voir les avantages avant que ce projet devienne une loi ou avant de sérieusement songer à la promulguer. Je crois comprendre qu'il y a des sociétés aux États-Unis qui ont fait faillite par suite d'actions collectives et qu'une multitude de petites sociétés—je n'ai jamais entendu parler de sociétés comme GE, Exxon ou d'autres du genre, qui auraient ainsi fait faillite—mais des petites sociétés qui se sont trouvées dans l'obligation de prévoir une certaine allocation à leurs coûts pour ce recours. D'autres sociétés ont fait faillite par suite d'actions collectives. Pensons sérieusement nos raisons avant de donner notre accord!

J'aimerais qu'on étudie sérieusement les avantages qu'en retirerait la société. Est-ce que les fonctionnaires du ministère ont des commentaires à faire—autre que cette acceptation globale?

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Monsieur le président, j'aimerais parler des sociétés, qui tiennent compte, dans leurs prix, de ce risque possible d'actions collectives. Ma question est celle-ci: si c'est ce qu'elles font, pourquoi n'ajoutent-elles pas ce facteur aux prix, qu'il y ait ou non risque d'actions collectives?

Le président: Merci.

M. McCain: Je ne pense pas que cela puisse justifier cette méthode. Ce peut être une excuse, mais pas une justification, monsieur le président. Nous avons lu certaines choses qui ne font pas partie des mémoires présentés. Certains articles ont parlé des conséquences très sérieuses que pouvait avoir l'action

[Texte]

serious consequences of class action, other than that of benefit to the consumer and some of which would be detrimental to the consumer. That is why I ask, and I think one deserves a more specific answer—as to the value of it as a point of policy—that that statement, sir.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I would like to add that there are very considerable safeguards built into the class-action procedure proposed here, as compared with the class-action procedure that is common in the United States.

Mr. Chairman: Thank you very much, Mr. McCain.

Mr. McCain: I want to ask just one more question.

The Chairman: Proceed.

Mr. McCain: In view of the difficulties of interpretation of this act, and the uncertainties that have been expressed by the witness tonight and other prior witnesses, what justification do we have for saying that it is clear as to how, when and where it should be applied and what would be the consequences when applied? It is the uncertainty, Mr. Chairman, that has led me to have more concern about this as time has gone on. It seems as if, in spite of statements by Mr. Affleck and by members of the department, that everybody else except these people, have a certain uncertainty as to what the interpretation would be, either by an advocate, by a board of inquiry or by a judge of the court. So I would like a little more assurance than I have just received, sir, if I might.

• 2110

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Well, Mr. Chairman, I think it is possible to exaggerate the question of uncertainty. I am not suggesting that that is being done but I think it is possible to do so.

Mr. McCain: Who are the exaggerators then?

Mr. Davidson: The transaction procedure is only available if there has been an offence or if there has been a breach of an order. Unless the persons who are engaging in this class-action procedure are able to persuade the court that that is the case, they do not have any possibility of success.

The Chairman: Thank you very much.

Mr. McCain: Just one more thing.

Mr. Davidson said one thing which encourages my remarks and which supported the uncertainties as mentioned by witnesses. I am paraphrasing, and if I am inaccurate I am sure he will correct me, but he said we have a choice of clarity or flexibility but not both. Now if that does not develop uncertainty, I do not know what does.

The Chairman: Thank you very much. I believe our witness has a comment that he would like to make.

Mr. Batt, is it?

Mr. Batt: Yes, if I might just take a few moments, Mr. Chairman.

The Chairman: Yes, proceed.

[Traduction]

collective, autre que le profit qu'en retirerait le consommateur, certaines conséquences seraient même au détriment du consommateur. C'est pourquoi je demande, et je pense mériter une réponse précise, plutôt qu'une déclaration, quelle est sa valeur comme politique, monsieur?

M. Davidson: Monsieur le président, j'ajouterais qu'il y a des garanties considérables dans cette procédure d'actions collectives proposée ici, comparativement à la procédure d'actions collectives aux États-Unis.

Le président: Merci beaucoup, monsieur McCain.

M. McCain: Je voudrais poser une autre question.

Le président: Allez-y.

M. McCain: Étant donné que la loi est difficile à interpréter, que les témoins de ce soir et d'autres témoins avant eux ont exprimé leurs doutes quant à la justification que nous avons de prétendre que cette procédure est claire quant au moment et au lieu où elle devrait être appliquée et aux conséquences qui en découleront. C'est cette incertitude, monsieur le président, qui me rend de plus en plus inquiet à mesure que le temps passe. Il semble qu'en dépit des déclarations de M. Affleck et des hauts fonctionnaires du ministère, que tous les autres ne soient pas certains de l'interprétation que donneront l'administrateur, la commission d'enquête ou le juge de la cour. J'aimerais donc qu'on me rassure un peu, monsieur, si c'est possible.

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Eh bien, monsieur le président, je pense qu'il est possible d'exagérer cette question d'incertitude. Je ne dis pas que c'est ce qu'on fait, mais je pense qu'il est possible de le faire.

M. McCain: Qui exagère?

M. Davidson: Cette procédure ne s'applique que s'il y a eu délit ou infraction au règlement. A moins que les personnes qui adoptent une action collective puissent persuader la cour que c'est le cas, elles n'ont aucune chance de succès.

Le président: Merci beaucoup.

M. McCain: Autre chose.

M. Davidson a soulevé un point qui encourage mes remarques et qui donne raison aux incertitudes soulevées par les témoins. Voici ce qu'il a dit, si je me trompe veuillez me corriger: nous avons un choix de clarté ou de souplesse, mais non les deux. Si cela ne donne pas lieu à de l'incertitude, je ne sais pas ce que cela fait.

Le président: Merci beaucoup. Je pense que notre témoin a une observation à faire.

Monsieur Batt, vous voulez ajouter quelque chose?

M. Batt: Oui, si vous me donnez quelques instants, monsieur le président.

Le président: Très bien.

[Text]

Mr. Batt: With great respect to Mr. Davidson, I cannot agree that the safeguards built in in respect of class actions are considerable, much less very considerable. It is true that there must be an initial application to the court before a class action can be maintained. But the judge will have before him very little material to work on, and unless it is crystal clear that the plaintiff has no possibility whatever of success, the judge is almost certain to grant the order. I therefore cannot regard that as much of a safeguard.

In our legal system, the great deterrent to frivolous and unmeritorious law suits is, of course, costs. The normal rule is that costs follow the event, and the unsuccessful party must pay the costs of the successful party. The rules as to costs are, to a very great extent—not entirely—I want to make it clear—but to a very great extent, reversed. So that in a sense, class actions are being subsidized by successful defendants under this section.

It is our submission that the usual rules as to costs ought to apply if a class-action procedure is established, the usual rules as to cost as would apply in any litigation. And if it is in the public interest that class actions be fostered and promoted, then funds ought to be made available to class plaintiffs and their lawyers to maintain that sort of lawsuit.

Mr. Philbrook: Mr. Chairman, may I make a point on this, out of order?

The Chairman: Yes, provided you do it in order.

Mr. Philbrook: Thank you.

I too, like Mr. McCain, have concerns about class actions and potential abuse. But the extent of loss in the United States I believe is related to the difference in their contingency fee system where the ability of a lawyer to take a cut really subsidizes him to go ahead and try to sue for an exorbitant amount, whereas our fee system here is standardized.

The Chairman: Well, I think the contingency fee principle is applicable in at least one province in Canada—I think Manitoba. I think it is permitted there.

Mr. Affleck: It would not be applicable after the class-action provision, because here the Federal Court has to set the costs of the successful class-action lawyer.

• 2115

The Chairman: Therefore it is not a factor in relationship to this law.

Mr. Affleck: It should not be a factor unless the provincial courts get jurisdiction.

I would like to comment, however, since my name was used by Mr. McCain, who I think is getting the feeling that I am suggesting that there is not any uncertainty. My point is really the opposite. My point is, why does Imperial Oil, why does any other large corporation or small corporation have lawyers? My

[Translation]

M. Batt: Sauf le respect que je vous dois, monsieur Davidson, je ne suis pas d'accord que les garanties prévues concernant les actions collectives soient considérables, encore moins très considérables. Il est vrai qu'il doit y avoir un avis initial présenté à la cour avant qu'une action collective soit retenue. Mais le juge aura devant lui très peu de documents pour travailler, et à moins que le demandeur n'a pas du tout de chance de succès, le juge est presque certain d'accorder l'ordonnance. Je ne considère donc pas que ce soit vraiment une garantie.

Dans notre système judiciaire, les coûts servent évidemment à décourager les poursuites frivoles et non valables. La règle normale c'est que les coûts ne sont payés qu'après audition de la cause et celui qui a été débouté doit payer les coûts de celui qui a gagné. Les règlements concernant les coûts sont dans une grande mesure renversés, pas entièrement—je veux que ce soit bien clair. Dans ce sens, les actions collectives sont subventionnées par les heureux défendeurs en vertu de cet article.

Nous prétendons que les règlements habituels concernant les coûts devraient s'appliquer si la procédure d'action collective est établie, les règlements habituels concernant les coûts qui s'appliqueraient pour tout autre litige. Si c'est dans l'intérêt du public que les actions collectives soient parrainées et encouragées, il faudrait qu'il y ait des fonds disponibles pour les plaignants des actions collectives et leurs avocats pour qu'ils puissent entreprendre ce genre de poursuite.

M. Philbrook: Monsieur le président, j'aimerais soulever un point à ce sujet.

Le président: Oui, si votre question est recevable.

M. Philbrook: Merci.

Comme M. McCain, j'ai moi aussi des inquiétudes concernant les actions collectives et les abus possibles. Mais l'importance des pertes aux États-Unis est, je crois, reliée à la différence qui existe dans leur système d'honoraires au pourcentage qui accorde à un avocat le droit de prendre un pourcentage lui permettant de le subventionner pour aller de l'avant et essayer de poursuivre pour une somme exorbitante, alors que notre système d'honoraires est normalisé.

Le président: Je pense que ce principe d'honoraires s'applique au moins dans une province au Canada, au Manitoba. C'est permis là-bas.

M. Affleck: Ce ne serait pas permis pour les dispositions concernant l'action collective, car ici la Cour fédérale doit fixer les coûts pour l'avocat qui a gagné une cause d'action collective.

Le président: Par conséquent, ce n'est pas un facteur par rapport à cette loi.

M. Affleck: Cela ne devrait pas l'être, à moins que les cours provinciales obtiennent la compétence.

J'aimerais faire un commentaire, cependant, car M. McCain a prononcé mon nom, il croit que j'ai dit qu'il n'y a pas d'incertitude. C'est exactement le contraire. Je dis ceci: pourquoi l'Imperial pourquoi d'autres grosses sociétés, ou de petites sociétés ont-elles des avocats? D'après mon expérience,

[Texte]

experience tells me it is because every time the Parliament of Canada or the legislature of a province passes a law there is uncertainty if that law impinges upon the particular business interests or business activities of the company or individuals involved. It is extremely difficult dealing with matters such as these, economic matters, as members will know from the Anti-Inflation Act, to carve the concrete in stone so that everybody is certain as to what they mean. I think, for example—and I used it earlier—the Land Speculation Tax Act in Ontario, if any of the witnesses are familiar with it, has created great uncertainty and I think laws in every province, and members will be aware of that.

So my point really is that no matter what is said in some of these areas, there is still going to be uncertainty.

Dr. Eldon: Mr. Chairman, arising out of the comment by Mr. Affleck and one by Mr. Davidson, could I also point out that in the provisions for class action there is considerable inequity. The inequity arises because of the split of certain practices between civil and criminal jurisdiction. As Mr. Davidson has pointed out, class actions can apply only in the matter of a criminal offence, not in the matter of a civil offence unless there has been a violation of a Board order. This means that if any firm should violate the price discrimination section involving sales of like quantities, they are subject to a class action and a substitute action. If, on the other hand, they practiced price discrimination in the sale of unlike quantities, this is a matter on the civil side—price differentiation—and there is no possibility of a class action unless an order of the Board is violated. Similarly, with respect to systematic delivered pricing, this new criminal offence, that would involve a matter of class actions; but if a monopolistic practice or abuse of dominant position was pursued by the advocate under the monopolization section or the joint monopolization section, there would be no possibility for class action.

The Chairman: Why not, if there was an order made?

Mr. Eldon: If there is an order made—but if the parties comply with the order, then as I understand it they are not subject to a class action.

The Chairman: I see.

Yes, Mr. Davidson.

Mr. Davidson: Mr. Chairman, Dr. Eldon is perfectly correct in what he says, but the rationale for that is that in the case of the criminal provisions, people have a warning; they already know that this is a criminal offence and do not do it. In the case of the civil provisions, the people are free to do whatever the heck they want to do . . .

The Chairman: Until an order . . .

Mr. Davidson: . . . until the Board issues an order. At that point they then have fair warning and if they then breach the order, it is part of the rationale of the system that they then should be vulnerable to the possibility of a class action suit.

The Chairman: Thank you very much.

[Traduction]

c'est parce que chaque fois que le Parlement du Canada ou la législature d'une province adopte une loi, il y a une incertitude: cette loi empiète-t-elle sur les intérêts particuliers d'une entreprise ou sur les activités de la société ou des personnes concernées? C'est extrêmement difficile de traiter de questions de ce genre, des questions économiques, comme les députés le savent avec la Loi anti-inflation, d'essayer de sculpter du concret dans de la pierre, pour que chacun sache ce que cela signifie. Je pense, par exemple, et je me suis servi plus tôt de cet exemple, que la loi de l'Ontario concernant les impôts sur la spéculation foncière, si les témoins la connaissent, a créé beaucoup d'incertitude et dans chaque province, c'est le cas en matière de législation.

Je crois qu'en dépit de tout ce qui est dit dans ces domaines, il y aura quand même de l'incertitude.

M. Eldon: Monsieur le président, à la suite du commentaire de M. Affleck, et de celui de M. Davidson, j'aimerais souligner que dans les dispositions concernant l'action collective, il y a également beaucoup d'injustice. Cette injustice résulte de la division entre la juridiction civile et criminelle. Comme M. Davidson l'a souligné, les actions collectives ne peuvent s'appliquer que dans les questions de délit criminel, et non pas dans des questions d'infraction civile, à moins qu'il y ait eu violation d'une ordonnance de la Commission. Cela signifie que si une entreprise violait l'article sur les prix de vente discriminatoires dans le cas de quantités identiques, elle serait passible d'une action collective et d'action indirecte. Si, par ailleurs, il y a distinction de prix pour la vente de quantités différentes, c'est une question de cause civile, à cause de la différence de prix, et il n'est pas possible qu'il y ait d'action collective à moins qu'une ordonnance de la Commission ait été violée. C'est la même chose pour la pratique systématique de prix à la livraison, ce nouveau délit criminel permet des actions collectives; mais s'il y a une pratique monopolieuse ou abus d'une position de prédominance décelée par l'administrateur en vertu de l'article sur le monopole ou le monopole conjoint, il ne pourrait y avoir d'action collective.

Le président: Pourquoi pas, s'il y a eu ordonnance?

M. Eldon: S'il y a eu ordonnance, si les parties se conforment à l'ordonnance, je crois comprendre que cela ne peut faire l'objet d'action collective.

Le président: Je vois.

Oui, monsieur Davidson.

M. Davidson: Monsieur le président, M. Eldon a tout à fait raison dans ce qu'il dit, mais la raison d'être c'est que dans le cas de dispositions criminelles, les personnes reçoivent un avis; elles savent déjà s'il s'agit d'un délit criminel et qu'elles ne doivent pas le commettre. Dans le cas des dispositions civiles, les personnes sont libres de faire ce qu'elles désirent . . .

Le président: Jusqu'à ce qu'il y ait une ordonnance . . .

M. Davidson: . . . jusqu'à ce que la commission émette une ordonnance. A ce point, elles ont reçu un avis raisonnable, et si elles enfreignent l'ordonnance, c'est alors qu'elles sont passibles d'action collective.

Le président: Merci beaucoup.

[Text]

I would like to pursue a line of questioning.

I will follow on on the class action discussions for a moment. The argument that is made that on a cost benefit basis the costs imposed upon an offending firm, imposed upon them through a class action, would be built into the price seems to me to be tantamount to saying that if you fine a thief you are only encouraging him to steal enough to pay the fine the next trip around, and I am not too sure that that is really a valid way of approaching it. However, following that line in a more rational way perhaps, on the class action side—and this has been said and implied directly and indirectly here tonight—I fail to understand where the problem really is. If it is an order of the Board, you either comply or you do not. If you do not comply, then I have a feeling that something ought to be done about it, if it is a reasonable, rational order. If it is not, then we ought to fire all the people on the competition board, I suppose.

• 2120

But presuming it is a reasonable, rational order, then you know clearly what the consequence would be, or potentially would be, of not following the order. And like Mr. Davidson said, if it is a criminal offence which is spelled out fairly clearly in the law, and always subject to some interpretation, of course, then surely a person who is sitting around in the board room setting aside funds to pay possible class action damages must be skating awfully close to the criminal line, on the criminal side, or they have already got an order against them that they do not intend to follow.

Now that may be unfair and I would like your comments.

Dr. Eldon: With respect to the person who is seeking damages, the inequity creeps in. He has had no control over what the wrong-doer did, whether it was criminal or civil; but if it happens to be civil, then he cannot recover.

The Chairman: But he can recover, surely. There is only one civil offence that I know of under this bill and that is a violation of an order of the Board, and that is a clear and well-known thing, particularly to anybody who wanted to pursue a class action. They would know that it was a violation of the Board upon which they based their class action or that it was an alleged criminal offence. Surely would that not be so?

Mr. MacAllan: Mr. Chairman, if I might respond. Imperial Oil in its brief has not argued against class actions per se. We have asked that the provisions surrounding the introduction of class actions be modified and particularly the principle of cost.

We have not argued against class actions per se. We have suggested that a substitute action which is punitive in nature should not be provided because that can be compensated for or looked after by fines from the court—but we have not argued against class actions per se.

The Chairman: On this substitute action, I find your use of part of your argument relating to equity or inequities between

[Translation]

J'aimerais poursuivre ce sujet.

Je vais donc continuer à discuter des actions collectives. L'argument, prévoyant que l'amende payée par une société fautive et découlant d'une action collective soit incluse dans les prix revient à dire qu'en imposant une amende à un voleur, vous ne faites que l'encourager à voler suffisamment pour payer l'amende lors de son prochain vol. Je ne suis pas certain que ce soit une façon d'aborder le problème. Toutefois, dans ce sens et de façon un peu plus rationnelle, au sujet des actions collectives, on l'a dit de façon directe et indirecte ce soir, je ne comprends toujours pas exactement ce qu'est le problème. S'il s'agit d'une ordonnance de la Commission, vous vous conformez ou vous ne vous conformez pas. Dans le dernier cas, j'ai l'impression qu'il faudrait faire quelque chose à ce sujet, s'il s'agit d'une ordonnance raisonnable et rationnelle. Sinon, il faudrait, je pense, congédier toutes les personnes qui font partie de la Commission de la concurrence.

Mais en supposant que l'ordonnance est raisonnable et rationnelle, vous savez donc très clairement quelles en seraient les conséquences, ce qu'elles pourraient être, si vous n'obéissez pas. Comme l'a dit M. Davidson, s'il s'agit d'un délit criminel qui est défini bien clairement dans la loi, tout en pouvant toujours faire l'objet d'une certaine interprétation évidemment, car il est évident qu'une personne qui met de côté des fonds pour payer les dommages d'action collective possible, doit être bien près des activités criminelles, car les personnes en cause ont déjà fait l'objet d'une ordonnance qu'elles n'ont pas l'intention de suivre.

C'est peut-être injuste, j'aimerais bien que vous me donniez votre opinion.

M. Eldon: Pour la personne qui cherche à poursuivre pour dommage, l'injustice la guette. Il n'y a pas de contrôle sur ce qu'a fait le coupable, que ce soit au criminel ou au civil, mais car si c'est au civil, il ne peut recouvrer quoi que ce soit.

Le président: Mais il le peut certainement. Il n'y a qu'un délit civil que je connaisse en vertu de ce bill et c'est une violation d'une ordonnance de la Commission. C'est une chose claire et bien connue, surtout pour quiconque veut intenter une action collective. Elle saurait qu'il s'agit là d'une violation d'une ordonnance de la Commission sur laquelle elle fonde son action collective et qu'il s'agirait d'une infraction criminelle supposée. N'est-ce pas le cas?

M. MacAllan: Monsieur le président si vous me permettez de répondre, l'Imperiale dans son mémoire n'a pas soulevé l'argument contre les actions collectives en soi. Nous avons demandé que les dispositions relatives à la présentation d'actions collectives soient modifiées et surtout le principe du coût.

Nous n'avons pas argué contre les actions collectives comme telles. Nous avons proposé qu'une action indirecte, de nature punitive, ne soit pas prévue, car c'est peut-être remplacé par des amendes établies par des tribunaux... Nous n'avons pas présenté d'argument contre les actions collectives en soi.

Le président: Au sujet des actions indirectes, je trouve que votre argument ou qu'une partie de votre argument concernant

[Texte]

the position of the aggrieved party in relationship to either the civil or criminal side rather interesting in that, surely, when one looks at the substitute action side, it is an attempt to try and provide some degree of equity in the market-place. The term used by yourselves so often here in our deliberations of undue enrichment, from a standpoint of equity and justice, surely is something that ought to be of concern, and I think that probably all of us would agree with that. Now, the point is, how does one reconcile that difficulty? How does one solve that problem?

It has been suggested that rather than being accused of taking a punitive approach when you send the money to the Consolidated Revenue Fund, which seems to create the impression that it is punitive rather than a restoration of balance, that if that money were, in fact, through a substitute action, redirected back into the market-place as accurately as possible, similarly to what is being done by the Anti-Inflation Board now in any ruling by the Administrator under that law, that that might achieve equity and might even persuade some people that it really was not punitive in thrust but was really an attempt to achieve equity in the best possible way.

Mr. MacAllan: Perhaps, Mr. Chairman, I might just comment once or twice, and then I will ask Mr. Batt to comment.

It seems to me that we have expressed concern about the unevenness of criminal and civil provisions, and one of the concerns that has been suggested is that price discrimination is criminal, price differentiation is civil; and that in one case class actions could be introduced and in another case they could not. Our concern is with the basic question of differentiation between civil and criminal offences in an area of price discrimination, and whether or not they should not both be civil rather than criminal.

• 2125

The Chairman: But Mr. MacAllan, I have heard this three or four times, now, that one you cannot and another you can within the distinction. Surely it is abundantly clear that class actions can be taken on both sides. The conditions obviously are different.

Mr. MacAllan: My point is more fundamental than that. In the legislation itself there is a differentiation that we do not think should exist. If they were both on the civil side, then if someone did contravene an order they would be subject to a class action and we have accepted that class actions are—we have not argued against class actions per se. We have said that we are concerned with some of the provisions surrounding them but we have not argued against class actions per se.

The Chairman: But in respect to the question I put, and in light of the comments that I have made, in order to achieve equity through the substitute action have you any more current views or impressions that you want to present to the Committee in respect to your opposition to substitute actions if it could be done in the manner in which I have described?

[Traduction]

la justice ou l'injustice entre la situation de la personne lésée, que ce soit au civil ou au criminel, assez intéressante dans ce sens que si on examine l'action indirecte, c'est une tentative prévoyant une certaine équité sur le marché. Vous vous êtes servi très souvent dans nos discussions de l'expression enrichissement indû, du point de vue équité et justice, il est évident que ce doit être un élément de préoccupation. Nous sommes probablement tous d'accord à ce sujet. Il s'agit maintenant de savoir comment régler cette difficulté? Comment résoudre le problème?

On a suggéré que plutôt que d'accuser ou de prendre des mesures punitives, lorsque vous envoyez l'argent au Fonds du revenu consolidé, ce qui semble donner l'impression que c'est punitif plutôt qu'un rétablissement d'équilibre, que si cet argent était par une action indirecte redirigé vers le marché de façon aussi exacte que possible, comme c'est fait dans le cas de la Commission anti-inflation par décision de l'administrateur en vertu de la loi, on pourrait ainsi atteindre une plus grande justice et même persuader les gens que ce n'était pas vraiment punitif mais plutôt une façon d'établir la justice.

M. MacAllan: Peut-être, monsieur le président, que je pourrais ajouter une remarque ou deux et demander ensuite à M. Batt ses observations.

Il me semble que nous avons exprimé une certaine inquiétude concernant l'inégalité des dispositions civiles et criminelles. Une de ces préoccupations, c'est que le prix de vente discriminatoire relève du criminel, et que la différence de prix relève du civil. Dans un cas, les actions collectives pourraient être présentées, dans l'autre cas, elles ne le pourraient pas. Nous nous inquiétons de la question fondamentale de cette différenciation entre des infractions civiles et criminelles dans ce domaine des prix; n'auraient-elles pas pu être à la fois toutes les deux civiles plutôt que criminelles?

Le président: Monsieur MacAllan, j'ai déjà entendu cela trois ou quatre fois, dans un cas vous le pouvez et dans l'autre, vous ne pouvez pas faire cette distinction. Sûrement que c'est très clair que les actions collectives peuvent être intentées dans les deux cas, même si les conditions sont évidemment différentes.

M. MacAllan: A mon avis, c'est plus fondamental que cela. Il y a dans la loi même une différence qui ne devrait pas exister. Si les deux relevaient du civil, si quelqu'un enfreignait une ordonnance il ferait l'objet d'une action collective, action que nous avons acceptée; nous n'avons pas soulevé d'argument contre les actions collectives en soi. Nous avons dit que nous nous inquiétons des dispositions qui les entourent mais nous n'avons pas soulevé d'argument contre les actions collectives elles-mêmes.

Le président: Mais au sujet de la question que j'ai soulevée, et à la lumière des commentaires que j'ai faits, afin d'en arriver à une plus grande justice par l'action indirecte, avez-vous d'autres opinions ou impressions à présenter au Comité à ce sujet. Pourquoi vous opposer aux actions indirectes, si elles pouvaient être prises de la façon que j'ai décrite?

[Text]

Mr. Batt: Mr. Chairman, the notion behind the substitute action seems to be that a wrong-doer will incur unjust enrichment. He has ill-gotten gains that ought to be taken away from him. It is our submission that the criminal process will adequately look after this in the form of a fine.

I know that the academic community, and I suspect the bureau of competition policy, will say that the courts do not impose adequate fines. I admit to enormous confidence in the courts and it is my belief that the courts impose the fines which public opinion generally supports. It would be our submission therefore that the substitute action is not necessary to prevent unjust enrichment, that the courts will impose a proper fine.

If I might just add one other word on the subject, there is often the assumption made in the case of both class actions and no doubt the substitute action you are dealing with a wealthy wrong-doer. That is not necessarily the case. In fact, within the last week I was looking over a publication of the bureau of competition policy dealing with misleading advertising which set out the number of convictions over the past quarter or six months, I have forgotten which. Almost none of the firms were unknown to me, and I suspect they were very small enterprises indeed.

The remark made earlier by the honourable member is very pertinent here because I suspect those firms are of such a size that the damages that might be awarded against them in a class action in addition to the fine might very well put them into bankruptcy.

The Chairman: But surely if a poor thief is charged, I suppose there is a fund.

Mr. Affleck: Mr. Chairman, it just is not that way because in the class action you have to prove your damages. In other words, the consumer has to show that the defendant has taken x dollars from him and from his co-consumers. So it is not a poor defendant. It is a defendant that has \$100,000 that he should not have by reason of the criminal conduct and is being asked to hand back the \$100,000 rather than put it in the treasury. It is not an attack on somebody who has been acting properly and has not received any benefits all of a sudden from his improper act but he has received benefits and the court is going to weight and consider how many dollars in benefits he has received.

The Chairman: I would like to get back to the members if I can as quickly as possible. But I think it is worth pursuing.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I would like to have some clarification from Mr. Batt. In the reply he has used that the tribunals are fining the company and the fine seems to be accepted by the public, on what basis is he saying that?

Personally I have received reaction on some fines that the public did not seem to support. On what basis are you telling us that the tribunals are giving fines that the public seems to accept or is acceptable to the public.

[Translation]

M. Batt: Monsieur le président, l'idée derrière les actions indirectes semble être que le coupable s'enrichira indûment. Il a obtenu des gains qui doivent lui être retirés. Nous prétendons que le processus criminel pourrait très bien s'appliquer sous forme d'amende.

Je sais que les universitaires, et même la Commission de la concurrence diront que les tribunaux n'imposent pas d'amendes suffisantes. J'avoue avoir énormément confiance en nos tribunaux. Je crois qu'ils imposent des amendes pour lesquelles en général l'opinion publique est d'accord. Nous prétendons donc que l'action indirecte n'est pas nécessaire pour empêcher l'enrichissement indû vu que les tribunaux imposeront une amende juste.

Si vous me permettez d'ajouter un autre mot sur le sujet, on suppose très souvent dans le cas à la fois des actions collectives et des actions indirectes qu'on a affaire à des riches délinquants. Ce n'est pas nécessairement le cas. Au cours de la dernière semaine, j'ai examiné une publication du bureau de la concurrence concernant la publicité trompeuse qui donne le nombre d'accusations portées au cours du dernier trimestre ou du dernier semestre, je ne sais plus. Aucune des sociétés ou presque ne m'était inconnue et il s'agissait de petites entreprises.

La remarque qu'a faite plus tôt l'honorable député est très pertinente, car je soupçonne que ces sociétés sont si petites que les dommages-intérêts qu'elles auraient à payer par suite d'action collective, en plus de l'amende, équivaldraient à leur faillite.

Le président: Mais certainement que dans un tel cas, il existe un fonds . . .

M. Affleck: Monsieur le président, ce n'est pas de cette façon que cela fonctionne car pour les actions collectives, il vous faut prouver vos dommages. Autrement dit, le consommateur doit prouver que le défendeur a pris tant de dollars aux consommateurs. Donc, ce n'est pas un défendeur pauvre. C'est un défendeur qui a \$100,000 qu'il ne devrait pas avoir à cause de la conduite criminelle et à qui on demande de les rembourser plutôt que de les placer dans le trésor. Il ne s'agit pas d'attaquer personne qui a agi convenablement. Lui n'a pas reçu de profit soudainement parce qu'il a mal agi, mais il a reçu des profits et le tribunal va juger cette cause et décider combien de dollars de profit il a reçus.

Le président: J'aimerais revenir aux membres du Comité et puis si vous le permettez, je pense que cette question vaut la peine qu'on la poursuive.

M. Clermont: Monsieur le président, j'aimerais que M. Batt nous donne certaines précisions. Dans sa réponse, il a déclaré que les tribunaux imposaient des amendes à une société et que cette amende semblait être acceptée par le public. Sur quoi se fonde-t-il pour dire cela?

Personnellement, je me suis rendu compte que le public ne semblait pas d'accord pour ces amendes. Sur quoi vous fondez-vous pour nous dire que les tribunaux accordent des amendes que le public semble accepter?

[Texte]

• 2130

Mr. Batt: Mr. Chairman, I will have to admit that I had no solid evidence for my statement; it is more a matter of faith. One area I am particularly interested in, is humane societies. I personally feel the courts are too lenient with people who maltreat animals. I suspect each of us has his own particular area of interest where we feel the courts are too lenient. However, the courts are composed of very able and experienced men, and all I can say is that it is my belief the fines they impose are what is generally accepted by the public.

The Chairman: These are not fines for violations against animals but against consumers and people. I think maybe there are some who feel they are—Mr. Clermont.

M. Clermont: C'est pourquoi, monsieur le président, j'ai posé ma question. Je ne parle pas des sentences qui ont été imposées dans les cas d'animaux maltraités etc., mais je sais qu'il y a eu des amendes d'infligées par les tribunaux qui, dans certains cas, n'ont pas eu l'air d'avoir l'assentiment du public quant aux montants de ces amendes, avec tout le respect que je dois aux tribunaux. Je suis d'accord, nous avons des juges très compétents. Mais il y a certaines amendes qui sont imposées et qui ne reçoivent pas l'appui moral du grand public.

The Chairman: I am now confused. In light of the answer given by Mr. Batt, I guess it was, about achieving this equity through the fine process—and it is a value judgment as to whether it does or does not do it—does that really deal with violations of an order of the board on the civil side? Where are the fines that rectify the undue enrichment in that case? I am not familiar with that particular thing. I gather there must be a section in there that provides for the levy of a fine if pursued by the advocate for a violation.

Mr. Davidson: The Attorney General, Mr. Chairman. It would be the Attorney General who would make the case before the courts that the order of the board had been violated.

The Chairman: Just one further supplementary. In that case the fine levied would be for a violation of the order and in the other case for a violation of the law, and I presume could be properly considered to be a penalty for wrongdoing as opposed to a restoration of the wrongdoing. For that reason, I would think that regardless of the size of the fine in either event, it was not really an attempt to restore the situation to what it was prior to the offence being committed. The class action section seems to me to be the approach, from an equity standpoint, to restore the balance in society that ought to have existed had the criminal offence or the civil offence not occurred.

Yes, Mr. Huntington.

Mr. Huntington: Thank you, Mr. Chairman. I wonder if I might take the opportunity to quote a sentence from page 1 of your statement:

[Traduction]

M. Batt: Monsieur le président, je dois dire que je n'ai pas vraiment de preuve dans ce sens, il s'agit surtout d'une question de foi. Je m'intéresse tout particulièrement aux sociétés de protection des animaux. Je crois personnellement que les tribunaux sont trop indulgents envers les personnes qui maltraitent les animaux. Je pense que chacun d'entre nous a un domaine qui l'intéresse tout particulièrement et où nous trouvons que les tribunaux font preuve de trop d'indulgence. Toutefois, ces tribunaux se composent de personnes très compétentes et expérimentées, tout ce que je puis ajouter c'est qu'à mon avis, les amendes imposées sont en général acceptées par le public.

Le président: Il ne s'agit pas d'amende pour des violations au bien-être des animaux mais des consommateurs, de personnes. Je crois que certains croient . . . Monsieur Clermont.

Mr. Clermont: That is the reason why, Mr. Chairman, I have asked this question. I am not speaking of sentences which are imposed in the case of ill-treated animals, etc. I know there have been fines imposed by courts and in certain cases the public did not seem to accept them, did not seem to be in agreement with the amounts, with all due respect to the tribunals. I agree that we have competent judges, but certain fines which are imposed are not well received by the public.

Le président: Je ne comprends pas très bien. Étant donné la réponse qu'a donnée M. Batt, je crois, d'une plus grande justice par des amendes, je pense que c'est un jugement de valeur et je voudrais savoir si c'est le cas ou non; est-ce qu'il s'agit vraiment d'infractions à une ordonnance de la Commission au civil? Où sont les amendes qui devraient rectifier un enrichissement indu dans ce cas? Je ne suis pas tout à fait au courant dans ce domaine. J'imagine qu'il doit y avoir un article dans le bill qui prévoit la perception d'une amende si l'administrateur croit qu'il y a violation.

M. Davidson: Ce serait le procureur général, monsieur le président, qui prouverait cette cause devant les tribunaux au sujet de la violation de l'ordonnance de la Commission.

Le président: J'ai une autre question supplémentaire. Dans le cas où l'amende perçue serait pour une infraction à l'ordonnance et dans l'autre cas pour une infraction à la loi, je suppose qu'il s'agirait de punir une action coupable plutôt qu'un redressement. Pour cette raison, je suis d'avis que, quelle que soit l'importance de l'amende, dans les deux cas, ce n'est pas vraiment une tentative pour redresser la situation à ce qu'elle était avant que l'infraction soit commise. L'action collective semble être une approche, du point de vue équité, pour restaurer l'équilibre dans la société à ce qu'elle était avant que des actes criminels ou des délits civils soient commis.

Oui, monsieur Huntington.

M. Huntington: Merci, monsieur le président. Je me demande si je ne devrais pas saisir l'occasion pour citer une phrase dans la première page de votre déclaration.

[Text]

A "Competition Act" should avoid the risky doctrine that, in business, big is bad and small is beautiful.

I use that as an introduction. We realize that Imperial Oil is an extremely successful corporation, and has grown and is a big company. We recognize that over the past several decades North American society has had a tendency to concentrate. We have allowed government to get bigger and corporations to get bigger, and the very nature of our so-called free enterprise system does allow concentration; we were warned of that at the turn of the century. Realizing that you are at the apex of bigness in terms of corporate people and corporate beings and corporate attitudes, are you inferring that there is no place for smallness?

• 2135

Mr. Evans: No, Mr. Chairman. Our concern is with certain provisions of the proposed law, that would seem to single out large firms for particular attention. To cite one example of this, under the proposed price differentiation section a major supplier is reviewable but someone who is not a major supplier is not even subject to review. That is one small example but I think there are more important ones of this attitude running through the bill and beginning in the preamble with the words "discouraging unnecessary concentration", "unnecessary". This is a significant addition to the preamble, which was not proposed, contained in the preamble that is almost word for word the same in the Skeoch-McDonald Report.

The point there is that if concentration is unnecessary it is subject to review as we see in the proposed joint monopolization and possibly monopolization section, whether or not there is public detriment. Our view is that not every matter of large-firm size should be a question of review under the Competition Act. We would suggest that unless there is public detriment, there should not be a continuing possibility that a large firm behaving in a normal, competitive-market manner, one of the few sellers in a market, should be subject to the constant possibility of being selected by the Advocate for review.

If the Committee were to wait for the report of the Bryce Commission, we believe this report would have something to say about how pure questions of large size, of large power, which are undoubtedly social and political concerns, should be dealt with. Our submission would be that they should not necessarily be dealt with in the Competition Act. A monopoly is a proper matter for a competition act but sheer size or not. We fear in the very broad provision for joint monopolization that firms may be subject to review and the possible divestiture even though there is no public detriment.

Mr. Huntington: I thank you very much, Dr. Eldon, for that reply. Mr. Chairman, I would like now, from that point, to move into price discrimination, proposed Section 34(1); monopoly, proposed Section 31.72(2), (3); and joint monopoly, proposed Section 31.73(1)(c).

[Translation]

une «loi sur la concurrence» doit rejeter la doctrine aberrante voulant qu'en affaires, le gros soit mauvais et le petit admirable.

Je me sers de cette phrase comme introduction. Nous savons que l'Imperial Oil est une société extrêmement florissante; elle a grossi et c'est maintenant une grosse société. Nous savons qu'au cours des dernières décennies, la société nord-américaine a eu tendance à se concentrer. Nous avons permis au gouvernement des sociétés de plus en plus importantes et la nature même de ce que l'on appelle notre système de libre entreprise permet cette concentration. Nous en avons été avertis au début du siècle. Sachant que vous êtes au sommet maintenant du point de vue personnel de cette société, du point de vue moral, de l'attitude de la société, voulez-vous prétendre qu'il n'y a pas de place pour les petits?

M. Evans: Nous sommes préoccupés par certaines dispositions de la loi qui semblent porter une attention particulière aux grandes sociétés. Par exemple, en ce qui concerne les différences de prix, les fournisseurs importants peuvent faire l'objet d'un examen mais non pas les autres. Ce n'est qu'un exemple, il y en a bien d'autres. C'est l'attitude qu'on adopte tout au long du bill, en commençant par le préambule où il est question de décourager les concentrations non essentielles. C'est quelque chose qui est ajouté au préambule du bill qui reprend pour le reste, presque mot pour mot, la recommandation du rapport Skeoch-McDonald.

Si la concentration n'est pas essentielle, elle est sujette à un examen en vertu des dispositions sur les monopoles conjoints ou sur les monopoles, que le public en souffre ou non. Nous pensons quant à nous que ce ne sont pas toutes les questions qui touchent les grandes entreprises qui doivent faire l'objet d'un examen en vertu de la Loi sur la concurrence. Nous disons que si le public n'en souffre pas, une grande entreprise devrait pouvoir continuer de fonctionner normalement, d'une façon concurrentielle sans avoir à être désignée à tout moment pour examen par l'administrateur. Et ce, même si elle est un des rares fournisseurs de tel ou tel produit sur un marché.

Si le comité voulait attendre la parution du rapport de la Commission Bryce, il lui serait indiqué des moyens de traiter de ces questions des grandes entreprises, des entreprises puissantes, qui rejoignent sans doute les domaines social et politique. Nous estimons que ces questions n'ont pas à être abordées en vertu de la Loi sur la concurrence. Ce sont les monopoles qui doivent intéresser la Loi sur la concurrence et non pas les dimensions des entreprises. Nous craignons que les dispositions générales relatives aux monopoles conjoints assujettissent les entreprises à l'examen et peut-être à la dépossession même si le public n'est nullement touché.

M. Huntington: Je vous remercie de cette réponse, monsieur Eldon. Maintenant, monsieur le président, je voudrais aborder la question des prix discriminatoires, article proposé 34(1); également, les monopoles, article proposé 31.72(2)(3) et les monopoles conjoints, article proposé 31.73(1)(c).

[Texte]

I will preface the statement this way: I am one of the members of Parliament here who has had to spend extensive time and some sympathy—and I ask you to realize too that I am entrepreneurial, I am from the small business community, and the only I was a corporate being, I got fired and ended becoming that company's largest customer, and got even.

An hon. Member: Strike that from the record.

Mr. Huntington: They did me a favour. But the point I am getting at is that one of the situations that I have to face as a member of Parliament that I have some sympathy to is the plight of your franchise holders or licensees who have had to buy gas from your company, allegedly at the same price as you are selling it to their customers one block down the street. This is a form of pricing practice and trade practice that is very oppressive to them and has changed their life style and their way of business, and that pressure is still going on. It is where a large, good corporate citizen has a trade practice that is oppressive to people that are trying to hang on to the small business, independent way of life. And I understand, from explanations received from the department and from Mr. Bertrand this afternoon that these sections I have outlined, proposed Sections 31.72 and 31.73—which I notice in your brief you do not cover specifically, other than in the broad term—are designed to perhaps correct that situation, on which I am sure the Department of Consumer and Corporate Affairs has been receiving a high volume of complaints.

• 2140

Now, I have this opportunity of speaking to senior, very well informed members of a corporation that has been involved in this practice, and I am wondering if we could have your side of the story.

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: I wonder, Mr. Chairman, if I might be very sure that I am responding to the proper question before I attempt to respond to it because I do not want to be, in any way, misleading.

Is your concern that a company such as Imperial Oil, or Imperial Oil specifically, sells at a similar price to each of its brand of dealers in competition with each other?

Mr. Huntington: Well, the concern is that you have a piece of real estate which you have leased to your licensee or franchise holder, whatever the correct term is of the lease, and he is buying a product from your truck and you, one block down the street, have opened a self-serve and they are delivering the same product from the same truck and they are making that product available retail to his customers at the same price you are selling to him. And I come to the wording here then in proposed Section 31.72(2)(a):

(iii) eliminating a competitor by predatory pricing, whether or not based on cross-subsidization, by narrowing the margin between the cost to a customer and the price the customer can obtain in the market where the customer is also a competitor, or by an other predatory practice . . .

[Traduction]

En guise de préface, je voudrais faire quelques observations. Je suis l'un des députés au Parlement qui a passé beaucoup de temps et accordé beaucoup d'attention . . . Je suis un entrepreneur moi aussi, je représente la petite entreprise, je n'ai été avec une grande compagnie que très peu de temps, j'ai été renvoyé; plus tard je suis devenu le principal client de la compagnie, je me suis vengé ainsi.

Une voix: J'espère que tout cela ne figurera pas au compte rendu.

M. Huntington: La compagnie m'a fait une faveur. Le point auquel je veux en venir et qui m'a toujours intéressé en tant que député, a trait à vos concessions. J'ai toujours eu beaucoup de sympathie pour vos concessionnaires qui doivent acheter le pétrole de votre compagnie au même prix que vous le vendez vous-même à leurs clients un peu plus loin dans la même rue; du moins, c'est ce qu'ils prétendent. C'est une pratique de prix, une pratique commerciale, qui est très dure à leur égard et qui a modifié leur style de vie et leur entreprise. Et cette pratique a cours encore aujourd'hui. Dans ce cas, ce sont les grandes sociétés, par ailleurs bonnes citoyennes, qui oppriment les petits, ceux qui essaient de mener une petite entreprise, de maintenir leur mode de vie indépendant. Et d'après les explications que j'ai reçues du ministère et de M. Bertrand cet après-midi, ce sont ces articles que j'ai mentionnés, 31.72 et 31.73—et je remarque que vous n'y faites allusion que de façon générale dans votre mémoire—qui doivent remédier à la situation. Le ministère de la Consommation et des Corporations a dû recevoir beaucoup de plaintes à cet égard.

J'ai l'occasion aujourd'hui de rencontrer des représentants importants, bien informés, des grandes sociétés qui usent de cette pratique. Je me demande si elles sont prêtes à donner leur version des faits.

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Monsieur le président, je voudrais bien comprendre le sens de la question avant d'y répondre. Je ne voudrais pas induire qui que ce soit en erreur.

Vous craignez que l'Imperial Oil ou une compagnie comme Imperial Oil vende à un même prix à chacune des catégories de ces détaillants en concurrence les uns avec les autres?

M. Huntington: Vous avez une propriété que vous avez louée à un concessionnaire, je ne sais pas si c'est le terme qui convient le mieux. Il achète un produit que vous livrez. Un peu plus loin dans la rue, il y a un libre-service et vous livrez le même produit avec le même camion et le prix est le même que pour le concessionnaire. L'article 31.72(2)a) prévoit ce qui suit à cet égard:

(iii) d'éliminer un concurrent en fixant des prix abusifs par le jeu de financements compensatoires ou autrement, en réduisant la marge entre le coût assumé par le client concurrent et le prix de revente qu'il peut obtenir sur le marché, ou par d'autres pratiques abusives . . .

[Text]

And the same wording shows up in proposed Section 31.73(1)(c).

Mr. MacAllan: Mr. Chairman, we have not objected to that clause.

The Chairman: No, but I think really the question was: do you conduct that practice that he has been alluding to?

Mr. Huntington: That is right.

The Chairman: Is that not, in fact, the question?

Mr. Huntington: Well, yes. Unless I am being completely misled, as a member of Parliament, by the Automotive Retailers' Association and by people that operate Esso stations in my riding, that practice is going on.

Mr. MacAllan: We sell at retail in competition with the retail marketplace, wherever we may be selling, if we are selling directly ourselves. We do not sell below the prevailing level of that market. We will meet competition in that market.

Mr. Huntington: But you have reduced your franchise-holder's margin by doing so. In fact, the present act cannot get at you, as I understand it, because there is no tank farm price or tank farmgate price because you are selling to yourselves because you own the self-serve station.

Mr. MacAllan: And, if he is competing in the same market, we will offer him some form of price support.

Mr. Huntington: But you have narrowed his margin in earnings. He cannot compete with you being one block away from your station.

Mr. MacAllan: I would disagree with that in the sense that the price that we are selling at and the price which is available to him are relatively cost related. For example, we might offer him credit facilities; we would offer him some things which would not be offered to the self-serve outlet.

Mr. Huntington: But he has always had credit facilities, has he not?

Mr. MacAllan: Yes.

Mr. Huntington: So, what else would you offer him?

Mr. MacAllan: Well, you are going to have me over my depth in terms of current marketing practices because I am no longer a current marketer. But the basic condition that you describe is one where, in a marketplace, there is a retail price which is being set by others in the marketplace. We will compete with that price as a direct retailer. We will not sell below it. We will sell above it. But we will compete with it in terms of what we think our brand offering is worth. We will provide assistance to the franchised dealer in the same marketplace at a level which we believe equates his opportunity to compete with ours.

• 2145

Mr. Huntington: When you say in the same marketplace, is there a different market between the self-serve market and the

[Translation]

Et c'est le même libellé à l'article proposé 31.73(1)(c).

M. MacAllan: Monsieur le président, nous ne sommes pas opposés à cet article.

Le président: Les questions tendaient plutôt à savoir si vous usez de cette pratique.

M. Huntington: En effet.

Le président: C'est bien cela?

M. Huntington: Oui. A moins que je ne sois trompé, en tant que député, par les représentants de l'Association des détaillants en automobile et par les concessionnaires de stations-service dans ma circonscription, c'est une pratique qui existe.

M. MacAllan: Nous vendons au détail selon des prix concurrentiels sur le marché, partout où nous vendons, si nous le faisons nous-mêmes directement. Nous ne vendons pas en-deçà des prix du marché. Nos prix sont concurrentiels sur le marché.

M. Huntington: Mais en même temps vous réduisez la marge de vos concessionnaires. Selon la loi actuelle, il est impossible de faire quoi que ce soit contre vous parce qu'il n'y a pas de prix aux pompes, si je comprends bien. D'une certaine façon, vous vendez vous-mêmes parce que vous exploitez des libres-services.

M. MacAllan: Et si le concessionnaire est sur le même marché, nous lui offrons le même prix.

M. Huntington: Et sa marge de revenu est réduite. Il ne peut faire concurrence à votre libre-service qui se trouve un peu plus loin.

M. MacAllan: Je ne suis pas d'accord parce que notre prix de vente et le prix que nous offrons tiennent compte des coûts. Par exemple, nous offrons aux concessionnaires des facilités de crédit; nous leur offrons des avantages qui n'existent pas aux libres-services.

M. Huntington: Mais le concessionnaire a toujours eu des facilités de crédit, n'est-ce pas?

M. MacAllan: Oui.

M. Huntington: Que lui offrez-vous d'autre?

M. MacAllan: Vous commencez à faire appel à toutes mes connaissances des pratiques courantes de commercialisation alors qu'il y a déjà quelque temps que j'ai quitté ce domaine. Essentiellement, le marché est ainsi fait que le prix de détail est fixé par d'autres. Nous pouvons faire concurrence à ce prix. Nous ne vendons pas en deçà. Nous pouvons cependant vendre au-dessus. Nous vendons au prix que nous pensons pouvoir obtenir pour notre produit. Nous aidons le concessionnaire sur le marché de façon à ce qu'il puisse faire face à la concurrence lui aussi, y compris notre concurrence.

M. Huntington: Lorsque vous dites qu'il s'agit du même marché, y a-t-il une différence de marché lorsqu'il s'agit de la

[Texte]

person who drives in and likes to have service? There is a difference of 6 cents a gallon.

Mr. MacAllan: Yes, there is both the geographic market and, I think, market preference in terms of the type of customer. There is stratification in the market.

Mr. Huntington: But then the gallonage through your franchise stations has dropped, has it not? It has gone in favour of your own self-serve bars.

Mr. MacAllan: I do not think I can agree with that as a generalization. I am sure there are instances where that has occurred, but I think that, first of all, we have been rationalizing service stations so on the average the volumes of our franchise stations have been going up, not down.

Mr. Huntington: Is that national?

Mr. MacAllan: Yes. I can say that nationally on the average, and provincially.

Mr. Huntington: Does that apply in market definitions where you have your own self-serve bars competing with your franchise holders?

Mr. MacAllan: I do not think I can answer precisely for every market, but on the average or generally, I can say that is true, because it is true generally. I am sure that you can find instances where a specific dealer has gone down.

Mr. Huntington: But then you can get an automotive retailers' association which represents a wide variety of dealers across the board not just Imperial dealers, but Standard, Texaco and others. You can get what we were talking about in matches today, you can get a fighting brand. You have developed Home out in B.C. as perhaps a fighting brand. This has caused a great consternation among the type of persons who like to be independent and who operate small businesses. From the hours I have had to spend with them in listening to their tales of woe, and their presentations here in Ottawa through their associations, it is a disruption of a standard way of life for a great many people and for a small business sector of Canada. I guess you justify it by it being the only way out in which you can compete in a competitive market that has changed from full service to a self-service-bar market.

Mr. MacAllan: Responding to a consumer preference.

Mr. Huntington: Is it responding or leading?

Mr. MacAllan: Responding. I think, first of all, we have a consciousness of the need to meet the consumer requirement. That need is being met by a variety of sources in a competitive market. Some of them are branded outlets, some of them are unbranded outlets. We are attempting to respond to that, compete and stay in business through a variety of ways, one of which is direct operation. But a very small part of our operation is direct operation; the great bulk of it is franchise operation.

[Traduction]

personne qui préfère le libre-service par opposition à celle qui préfère se faire servir? Il y a une différence de 6c. le gallon.

M. MacAllan: Oui, il y a un marché géographique et, me semble-t-il, une question de préférence en ce qui concerne le genre de client. Il y a une stratification du marché.

M. Huntington: Mais vous vendez moins de gallons, maintenant, aux stations qui offrent le service, n'est-ce pas? Ce sont vos stations libre-service qui reprennent ce marché.

M. MacAllan: Je ne suis pas d'accord, car c'est de la généralisation. C'est arrivé dans certains cas, évidemment, mais il me semble que, tout d'abord, nous avons rationalisé tout le système de sorte que le chiffre d'affaires augmente à nos stations-service, et non pas le contraire.

M. Huntington: Cette tendance est partout la même au pays?

M. MacAllan: Oui. En moyenne, partout au pays, et dans chaque province.

M. Huntington: Cela vaut-il aussi dans les régions où vous avez à la fois des stations-service et des stations libre-service?

M. MacAllan: Je ne puis donner de réponse générale pour chaque région, mais en moyenne ou en général, c'est vrai parce que c'est vrai en général. Je suis sûr que vous trouverez des exemples où cela a nui aux propriétaires de stations-service.

M. Huntington: Mais alors vous pouvez vous servir d'une association de détaillants automobiles qui représente toute une variété de détaillants partout... pas seulement les détaillants Imperial, mais aussi Standard, Texaco et les autres. Vous pouvez avoir le même cas pour les allumettes aujourd'hui, vous vous créez un adversaire. Vous avez créé Home en Colombie-Britannique, ce qui est probablement un concurrent créé de toutes pièces. Cela a semé la consternation chez les gens qui veulent leur indépendance et s'occupent de leur petit commerce. Après les heures que j'ai passées à écouter le récit de leurs peines et toutes les doléances que nous ont fait connaître leurs associations ici à Ottawa, j'en viens à la conclusion que c'est le «grand dérangement» d'un mode de vie traditionnel pour bien des gens dans le secteur de la petite entreprise au Canada. Évidemment, je crois bien que vous justifiez la chose parce que c'est là la seule façon de faire concurrence dans un marché concurrentiel qui passe de l'idée de station-service à celle de station libre-service.

M. MacAllan: En réponse à la préférence du client.

M. Huntington: Vous répondez ou vous montrez le chemin?

M. MacAllan: Nous répondons. Tout d'abord, nous devons répondre à la demande du consommateur. Cela se fait de bien des manières dans un marché concurrentiel. Il y a les stations qui annoncent les produits bien connus des grandes sociétés pétrolières et il y a les stations qui vendent les produits de petites sociétés moins connues. Nous essayons de répondre à tout cela, d'être concurrentiels et de rester en affaires grâce à bien des méthodes, dont celle de la vente directe. Cependant, la vente directe ne compte que pour une petite partie de nos opérations; la plupart de nos ventes se font par l'entremise de concessionnaires.

[Text]

Mr. Eldon: Mr. Chairman, possibly an analogy is the family farm which has a certain value and sentimental attachment to people, yet which for years has been under pressure from larger and more efficient units of agricultural production. There is a legitimate question as to what measures should be taken to protect the family farm and what measures should be allowed to happen that will produce larger-scale, more efficient output and lower prices for the consumer. I think there is an analogy here and it is not an easy question.

However, Imperial is, as Mr. MacAllan says, responding to the consumer demand in setting up the self-service stations. In some respects they are more efficient, and undoubtedly any switch in marketing of that kind does put pressure on the smaller unit. It requires him to be either more efficient or to offer something different to the customer in the way of service, or, regretfully, possibly pass from the scene.

Mr. Philbrook: It sounds very self-serving.

Mr. MacAllan: In terms of this particular piece of legislation, we have not protested in any way the particular clause which you are suggesting.

• 2150

Mr. Huntington: Will these particular clauses not affect you in this practice where you have narrowed margins?

Mr. MacAllan: We do not believe so.

The Chairman: Maybe we have to change it, then.

Mr. Huntington: That is in conflict with an explanation we had from Mr. Bertrand this afternoon. There is another uncertainty.

Mr. MacAllan: Mr. Bertrand has a right to his opinion, I am certain, but the clause as I read it is eliminating a competitor by predatory pricing, and we do not believe that we are doing predatory pricing.

The Chairman: Thank you very much.

We are running a bit short of time. I have two second-rounders. Mr. Clermont.

M. Clermont: Merci, monsieur le président.

Pour poursuivre dans le sens des questions de mon collègue, M. Huntington, ma première question au témoin est celle-ci: Est-ce que la compagnie Imperial Oil Ltd. était propriétaire de Champlain Oil?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: The answer is yes.

M. Clermont: Je ne sais pas si je devrais demander aux représentants du ministère de poursuivre cette idée.

Il y a quelques années, trois ou quatre ans tout au plus, vous avez avisé vos concessionnaires Champlain du fait que ces concessions disparaissaient.

[Translation]

M. Eldon: Monsieur le président, cette situation ressemble beaucoup à celle du petit agriculteur et de son entreprise familiale pour laquelle les gens éprouvent encore beaucoup de sympathie, mais qui, depuis des années, subit bien des pressions de la part d'entreprises agricoles beaucoup plus grosses et efficaces. On se demande avec raison quelles mesures peuvent être prises pour protéger l'entreprise agricole familiale et quelles mesures devraient être prises pour encourager les grosses entreprises agricoles plus efficaces qui permettent aux consommateurs de payer moins cher. Évidemment, il s'agit d'une analogie et il n'est pas facile de répondre à cette question.

Cependant, comme l'a dit M. MacAllan, la Société pétrolière Imperial répond aux demandes du consommateur en lui offrant des stations libre-service. D'une certaine façon, elles sont plus efficaces et il va sans dire qu'un tel changement des méthodes de commercialisation force la main au petit commerçant. Soit qu'il devienne plus efficace ou qu'il offre différents services à son client, soit, malheureusement, qu'il soit obligé de disparaître.

M. Philbrook: Ça, c'est du libre-service!

M. MacAllan: En ce qui concerne cette loi-ci, nous ne nous sommes pas opposés à l'article que vous proposez.

M. Huntington: Ces articles-là ne vous toucheront-ils pas surtout dans les domaines où vos marges de profits sont réduites?

M. MacAllan: Nous ne le croyons pas.

Le président: Peut-être devrions-nous changer cela, alors.

M. Huntington: Cela ne concorde pas avec l'explication que M. Bertrand nous a donnée cet après-midi.

M. MacAllan: M. Bertrand a certainement droit à son opinion, mais, d'après moi, l'article vise à interdire l'élimination d'un concurrent grâce aux prix abusifs et nous ne croyons pas que nous fixons des prix abusifs.

Le président: Merci beaucoup.

Le temps passe. J'ai deux noms pour le deuxième tour. Monsieur Clermont.

Mr. Clermont: Thank you, Mr. Chairman.

To follow the line of questioning of my colleague, Mr. Huntington, my first question to the witness is as follows: Was Imperial Oil Limited the owner of Champlain Oil?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Oui.

Mr. Clermont: I do not know whether I should ask the department officials to pursue that idea.

A few years ago, three or four at the most, you informed your franchise holders of the fact that the Champlain franchises were to disappear.

[Texte]

Ensuite, j'ai été très surpris l'année dernière ou il y a deux ans, de voir qu'au coin d'une rue de la ville de Gatineau, vous aviez ouvert un libre-service. Il y avait des concessionnaires ou des grossistes qui détenaient une concession depuis de nombreuses années et subitement, ils reçoivent un avis leur disant que dans tant de temps ils n'auraient plus de concession.

Est-ce que ce n'est pas une façon de diminuer la concurrence?

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: Mr. Chairman, I feel as though I am no longer dealing with the subject of the bill but starting to be defensive of Imperial Oil's particular situations or practices in the marketplace. And I am quite prepared to respond. I do not think the pertinence is perhaps to the bill per se.

The Chairman: But it is in relationship to practices of the...

M. Clermont: Éliminer la concurrence!

The Chairman: We are dealing with business practices, so I would consider it to be relevant.

Mr. MacAllan: Champlain Oil was for a long time a joint brand of Imperial Oil in Quebec. It had a number of outlets, some of which were small and which were uneconomic, some of which were not. The petroleum industry, in an effort to reduce costs and to remain competitive, have been going through a rationalization process of closing outlets and attempting to increase individual volumes.

One of the ways of doing that, of reducing our costs, was to reduce the duality of distribution channels that we had quite widely throughout the province of Quebec. The decision was made that we would convert some Champlain outlets to Esso; in other instances, we would negotiate a way out of the franchise with the dealer.

That process went on over a substantial period of time. I am not knowledgeable about any complaints which we had from franchise dealers who were closed out. It is possible that there were some but I am not knowledgeable of them.

M. Clermont: Monsieur le président, je pourrais en nommer au moins un au président de l'Imperial Oil Ltd. mais vu que ce sont des faits passés et que ce même ancien concessionnaire de Champlain Oil a maintenant une autre concession d'une compagnie rivale, alors je...

Je m'adresse maintenant au représentant du ministère de la Consommation et des Corporations. Est-ce que cela ne pourrait pas être considéré comme un moyen d'éliminer ou de diminuer la concurrence dans une région désignée?

• 2155

Mr. Davidson: Mr. Chairman, I think Mr. Clermont is right, but it would depend upon the circumstances and on the evidence. If there was evidence, following the lines of Mr. Clermont's example, where a supplying company which was dominant in the market indicated to its dealers that they had no future and then it opened self-service stations and used

[Traduction]

I was astounded last year or a couple of years ago when I saw on a street corner in the town of Gatineau, that you had opened a self-service station. There were franchise holders or wholesalers who had had franchises for many years and suddenly they got a notice saying that within a certain period of time there would be no more franchises.

Is that not an indirect way of eliminating competition?

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Monsieur le président, j'ai le sentiment qu'il ne s'agit plus ici de questions portant sur le projet de loi, mais de questions qui me portent à défendre les situations ou tactiques de la Société Imperial sur le marché. Je suis en mesure de répondre, mais je ne crois pas que la question porte sur le projet de loi proprement dit.

Le président: Mais il y a une relation entre cela et les méthodes de...

Mr. Clermont: Eliminating competition!

Le président: Il s'agit de la pratique des affaires et il me semble donc que c'est pertinent.

M. MacAllan: Pendant longtemps, la Société pétrolière Champlain était associée à la Société pétrolière Imperial au Québec. Il y avait un certain nombre de stations-services, il y en avait qui étaient rentables et d'autres pas. L'industrie pétrolière pour essayer de diminuer les coûts et de rester concurrentielle, essaye de rationaliser la distribution en fermant certaines stations, pour augmenter le volume ailleurs.

Une des façons de rentabiliser davantage l'entreprise en réduisant les coûts, était de nous débarrasser du double système de distribution que nous avions un peu partout au Québec. Nous avons décidé de transformer certaines stations Champlain en stations Esso; dans certains autres cas, il y a eu des négociations avec le concessionnaire pour fermer l'entreprise.

Tout cela a pris du temps. Je ne suis pas au courant des plaintes qui ont pu nous venir de concessionnaires où il y a eu fermeture de stations. C'est possible qu'il y en ait eu, mais je ne suis pas au courant.

Mr. Clermont: Mr. Chairman, I could give the name of at least one franchise dealer to the Chairman of Imperial Oil Ltd. but as this is all water under the bridge and that this ex-franchise dealer for Champlain Oil is now a dealer for a competitor, I...

I now have a question for the Minister of Consumer and Corporate Affairs. Might that not be construed as a way of eliminating or decreasing competition in a designated region?

M. Davidson: Monsieur le président, je crois que M. Clermont a raison, mais tout dépend des circonstances et de la preuve. Si, pour reprendre l'exemple de M. Clermont, on pouvait prouver qu'une société qui domine le marché dit à ses concessionnaires qu'il n'y a plus d'avenir pour eux puis ouvre des stations libre service et se sert de ces mêmes stations pour

[Text]

those self-service stations to squeeze the customers by maintaining the price to the independent dealer but reducing the price at which it sold at retail—if there was evidence of those things, and if the firm was in a dominant position, then I think the provisions could catch that situation.

The Chairman: Mr. Clermont.

Mr. MacAllan: I am feeling a little bit on the defensive. I think there are two or three points I would like to make. First of all, they were negotiated arrangements where supply was discontinued or where the outlet . . .

Mr. Clermont: Mr. MacAllan, did they have any choice? Was it not a fact that they were told that on a certain date there will be no oil supplied by Champlain Oil?

Mr. MacAllan: Mr. Clermont, in the instance which you described there was the availability of another supplier. The person is still in business, so I think that . . .

Mr. Clermont: Yes, after a year or a year and a half without any supply.

The Chairman: Proceed.

Mr. MacAllan: The points that I wanted to make really were that first of all, there was a negotiated arrangement and, secondly, there is available a multiplicity of other suppliers in the marketplace. If there is a viable business opportunity, if a man is a viable dealer, he has an opportunity to obtain supplies.

The Chairman: I hear some groans.

Mr. Affleck.

Mr. Affleck: But you advertise the Imperial Oil image to get a great band of consumers who want to go and buy Imperial Oil products and then you come along and say to Mr. Clermont's dealer, after he has the patronage of the Champlain Oil customers, you can go and get another supplier. Surely those two concepts are contradictory.

Mr. MacAllan: First of all, we are talking about a Champlain dealer. Secondly, I suggest that there are other brands in the marketplace which have strong brand images as well.

The Chairman: Dr. Philbrook, there are three of us left and we can do it rather briefly, but not restrictively. Proceed.

Mr. Philbrook: Mr. Chairman, the last time I was pursuing a line of questioning on the function of the board, and although there were four points, I only got through one of them in ten minutes. I wanted to get through quickly to go on to bigger things. So what I propose to do now is go through the remaining three points without giving the witnesses a chance to answer until I am finished.

The Chairman: That should not be too long, I am sure.

Mr. Philbrook: The second point was on page VI.4. With regard to the function of the Board, you suggest general

[Translation]

tondre la clientèle en vendant toujours au même prix aux stations indépendantes, tout en diminuant le prix de vente au détail . . . Si l'on pouvait prouver de telles choses et que la société avait une sorte d'emprise sur le marché, je crois que l'on pourrait se servir de ces dispositions pour corriger la situation.

Le président: Monsieur Clermont.

M. MacAllan: Je suis un peu sur la défensive. Il y a deux ou trois choses que j'aimerais préciser. D'abord, il s'agissait d'accords négociés quand nous avons coupé l'approvisionnement ou quand la station . . .

M. Clermont: Monsieur MacAllan, avaient-ils vraiment le choix? N'est-il pas vrai qu'on leur a dit qu'à une telle date bien précise, la société pétrolière Champlain ne leur fournirait plus de produits pétroliers?

M. MacAllan: Monsieur Clermont, dans l'exemple que vous nous avez donné, on pouvait s'approvisionner ailleurs. Cette personne est toujours en affaires, ce qui veut dire . . .

M. Clermont: Oui, après avoir passé un an ou un an et demi sans pouvoir se faire approvisionner.

Le président: Continuez.

M. MacAllan: Donc, tout d'abords, il y a eu accord négociés et, deuxièmement, il y a toujours beaucoup d'autres sources d'approvisionnement sur le marché. Si l'entreprise est rentable, si le commerçant sait bien mener son affaire, il peut toujours se débrouiller pour s'approvisionner.

Le président: J'entends des gémissements.

Monsieur Affleck.

M. Affleck: Vous faites de la réclame pour la société pétrolière Imperial afin de vous attirer le plus de consommateurs possibles qui voudront acheter vos produits puis vous dites au concessionnaire de M. Clermont, qui s'est bâti toute une clientèle grâce à la marque de commerce Champlain, qu'il peut s'approvisionner ailleurs. Vous voyez certainement la contradiction.

M. MacAllan: Tout d'abord, il s'agit d'un concessionnaire Champlain. Deuxièmement, il y a d'autres marques de commerce sur le marché qui sont aussi bien connues des consommateurs.

Le président: Docteur Philbrook, il nous reste trois noms et je crois que nous pouvons faire les choses assez brièvement sans limiter le débat pour autant. Allez-y.

M. Philbrook: Monsieur le président, ma dernière question portait sur la commission et même si j'avais quatre questions à poser, je n'ai réussi qu'à en poser une en dix minutes. Je voulais faire vite pour soulever des questions plus importantes. Je me propose donc maintenant de soulever les trois autres questions que j'avais sans donner l'occasion aux témoins de répondre avant que je n'aie fini.

Le président: Je suis sûr que cela ne vous prendra pas trop de temps.

M. Philbrook: Ma deuxième question, donc, portait sur la page VI.4. En ce qui concerne le rôle de la commission, vous

[Texte]

inquiries be heard before the Board, and presumably make recommendations. It seems to me that that suggests a change in the nature of the board from one of making decisions to one of offering advice, and we are a little sensitive to changing the intent of a bill. The third point was on VI.13, wherein you recommended that decisions on various things, mergers, monopolies, joint monopolization, specialization, etc. be made by the Minister, on the recommendation of the Board. I wonder if that is not bringing it under political influence again. If you can get to the Minister, fine, but if in fact he is a minister who does not like businessmen, you might be in trouble. I wonder how consistent his rulings might be compared with those of a board of experts and what kind of people we might get to serve on the board under those conditions.

• 2200

Finally, on the same page, you recommended a procedure for review by a panel of the board, and I wondered what kind of a situation this would create where the Board had made a decision, perhaps with the same members on the panel, and then expecting the panel to judge the Board's decision, which is part of their own decision—some interesting suggestions but some funny ramifications.

The Chairman: Mr. MacAllan.

Mr. MacAllan: I wonder if Mr. Batt or Dr. Eldon might like to comment.

The Chairman: Mr. Batt.

Mr. Batt: Perhaps I might start, Mr. Chairman, if I may, by dealing with the last two points.

The Chairman: The order is your choice.

Mr. Batt: And then Dr. Eldon can deal with the general inquiry one.

Our proposals with respect to the FIRA model and the review procedure are really an attempt to find some alternative to an appeal from the exercise of discretion by the Competition Board. I realize we are in a minority in suggesting this sort of thing to you. I am sure almost everyone you have heard has recommended a full appeal on the merits to the regular courts.

It is our belief that the last 20 or so years have made it fairly clear that the courts do not want to deal with that sort of case. They are nonlegal matters to begin with—and I am speaking now of the exercise of discretion, not the matters that are available under Section 28 of the Federal Court Act. On the other hand, the Competition Board will be by far the most powerful administrative agency in Canada, and we believe it essential there be some check or review or appeal, or whatever one might call it, from their decisions.

We therefore attempted to divide their decisions into two classes. The first class are matters such as monopolization, mergers, specialization agreements, and joint monopolization, that retain their present form, which really deals with industri-

[Traduction]

proposez qu'elle s'occupe de questions générales et qu'elle fasse des recommandations. Il me semble que cela changerait la nature de la commission, qui devait prendre des décisions, qui ne pourrait plus donner que des conseils et nous hésitons à changer le fond d'un projet de loi. La troisième question concernait VI.13, où vous recommandez que des décisions à différents sujets, fusions, monopoles, monopole conjoint, spécialisation, etc., soient prises par le ministre d'après les recommandations de la commission. Il me semble que c'est ramener toute l'affaire sous l'aile de la politique encore une fois. Si le ministre vous écoute, tant mieux, mais s'il s'agit d'un ministre qui n'aime pas les hommes d'affaires, vous pourriez avoir des problèmes. Ces décisions seraient-elles toujours uniformes si on les comparait à celles que prendrait une commission d'experts et, en pareil cas, quelle sorte de gens seraient disposés à faire partie d'une telle commission?

Enfin, à la même page, vous recommandez une procédure de révision par un comité et je me demandais quel genre de situation cela nous donnerait si la commission avait déjà pris une décision, surtout si les membres du comité faisaient partie de commission, et que le comité ait à porter un jugement sur la décision prise par la commission... les propositions sont intéressantes, mais elles pourraient mener à de drôles de complication.

Le président: Monsieur MacAllan.

M. MacAllan: Peut-être que M. Batt ou le D^r Eldon pourrait vous en parler.

Le président: Monsieur Batt.

M. Batt: Si vous me le permettez, monsieur le président, je vais d'abord répondre aux deux dernières questions.

Le président: A vous de décider.

M. Batt: Puis le D^r Eldon pourra répondre à la première question, plus générale.

Nous proposons le modèle de l'agence d'examen de l'investissement étranger et sa procédure de révision comme solution de remplacement à une procédure d'appel face aux pouvoirs discrétionnaires de la Commission de la concurrence. Je sais bien qu'il s'agit là d'une proposition minoritaire. Je suis sûr que presque tous les autres témoins vous ont recommandé une procédure d'appel où il est question des tribunaux ordinaires.

Nous croyons que depuis les vingt dernières années, ou à peu près, les tribunaux ont signalé clairement qu'ils ne veulent pas s'occuper de ces choses-là. Au départ, il s'agit de cas qui ne relèvent pas de la loi, et je parle bien sûr, du pouvoir discrétionnaire, pas des sujets dont il est question à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. D'autre part, la Commission de la concurrence sera, et de loin, l'organisme administratif le plus puissant du Canada et nous croyons qu'il est essentiel d'avoir la possibilité d'en appeler de ces décisions ou de les faire réétudier.

Nous avons donc essayé de diviser les décisions en deux catégories. Dans la première, on trouve les sujets comme les monopoles, les fusions, les accords de spécialisation et les monopoles conjoints où il n'est pas question de changer la

[Text]

al structure and involves issues which go far beyond the interests of the immediate parties.

A good example is perhaps what is now happening in the United States where the question of divestment in the oil industry is being considered. The proponents of divestment say that the major oil companies should be broken up into a large number of separate companies that would be engaged in the separate parts of the industry, in production and exploration and refining and transportation and marketing, and so on.

The Competition Board will, of course, have power to make exactly that sort of order under the joint monopolization clause. It is our belief that this is so significant to Canada—it goes certainly beyond the interests of the oil companies concerned—that it is basically a political decision—and I use “political” in the best sense, not in any partisan sense. We therefore recommend to you a procedure which is based on the Foreign Investment Review Act model where the board, after going through its customary procedure, will make a recommendation to the Minister, who, in turn, will take the matter to Cabinet, and they will make the ultimate decision. Those are on structural matters.

On the nonstructural matters such as exclusive dealing and other trade practices, again we do not recommend an appeal to the courts on their merits for the reasons I mentioned. And in an endeavour to suggest something to you for your consideration, we put forward the idea of a review procedure. This would not be as a right, we are suggesting; you would have to get leave we said of the Minister—maybe some other official would be more appropriate—whereby, in a proper case, a particular order that someone should refrain from exclusive dealing or tied selling or something or other, would be reviewed by a different and a larger panel of the board than made the first order. In saying that, one should bear in mind, I think, Mr. Chairman, the provision for temporary members. So that the initial order might be made by a three-man panel, only one of whom is a permanent member and therefore experienced in these matters and the other two may be temporary.

• 2205

Mr. Philbrook: So it is not really a panel of the Board, it is more a panel of consultants to the Board.

The Chairman: It is a panel of the Board that he suggests.

Mr. Philbrook: All members of the Board?

The Chairman: Yes. All permanent members of the Board, whereas the first case may not have been, is the suggestion being made.

Mr. Philbrook: On the third point, about the decisions being made by the Minister, do you not think it would be sounder if in fact you concentrated on the constitution of the Board, the quality and qualifications and so on of an independent Board,

[Translation]

forme actuelle, enfin, tout ce qui concerne la structure industrielle et qui soulève des questions qui vont bien au-delà des seuls intérêts des parties en cause.

Il y a l'exemple de ce qui se passe maintenant aux États-Unis où il est question de désaisissement pour l'industrie pétrolière. Les partisans du désaisissement disent que les grosses sociétés pétrolières devraient être morcelées en petites sociétés indépendantes qui s'occuperaient des différents secteurs de l'industrie, de la production, de l'exploration, du raffinage, du transport, de la commercialisation et ainsi de suite.

La Commission de la concurrence aura évidemment le pouvoir de rendre ce genre de décision en vertu de l'article sur les monopoles conjoints. Nous croyons que c'est tellement important pour le Canada, car cela ne se limite pas qu'aux sociétés pétrolières, qu'il s'agit fondamentalement d'une décision politique, et je me sers du terme «politique» au meilleur sens du terme, sans qu'il soit question de partisanerie. Donc, nous vous proposons le modèle qu'on trouve dans la Loi sur l'examen de l'investissement étranger où la Commission après avoir suivi ses procédures habituelles fait ses recommandations au ministre qui, à son tour, en fait part au conseil des ministres qui prendra la décision. Voilà pour la structure.

Quant aux autres sujets comme l'exclusivité et autres pratiques commerciales, encore une fois, nous ne recommandons pas qu'on puisse en appeler aux tribunaux pour les raisons que j'ai données. C'est pourquoi nous avons proposé une procédure de révision. Nous ne recommandons pas qu'il s'agisse d'un droit; il faudrait que le ministre ou un fonctionnaire compétent, ce qui serait peut-être mieux, donne sa permission pour que, dans un cas précis concernant, par exemple, une question d'exclusivité commerciale ou autre chose, pour que, dis-je, le cas soit réétudié par un comité différent de la commission et composé de plus de membres. Je crois qu'en disant cela, il faut garder présent à l'esprit le fait, monsieur le président, qu'il y a une disposition prévue pour les membres temporaires. Aussi l'ordonnance à l'origine peut être émise par un groupe de 3 personnes dont l'une est un membre permanent et qui a par conséquent de l'expérience dans ces questions, les deux autres pouvant être des membres temporaires.

M. Philbrook: Il ne s'agit donc pas d'un groupe établi par la Commission mais plutôt d'un groupe consultatif auprès de la Commission.

Le président: C'est un groupe établi par la Commission qu'on se propose de créer ici.

M. Philbrook: Les membres faisant tous partie de la Commission?

Le président: Oui. Tout membre permanent de la Commission alors que dans le premier cas, cela aurait pu ne pas être ainsi comme on le propose.

M. Philbrook: Pour le troisième point, soit les décisions prises par le ministre, ne pensez-vous pas qu'il vaudrait mieux s'occuper de la constitution de la Commission c'est-à-dire de sa qualité et de sa compétence et de son indépendance par

[*Texte*]

free of politics, more versed in economic matters and so on? I would just think in your own self-interest you would want to be free of political influence, because it can be a variable thing.

The Chairman: That depends on your influence, I suppose. Please proceed.

Mr. Batt: Mr. Chairman, I think our response would be that these are basically political questions. I have said that as the bill now stands the Board could order divestiture in the oil industry.

In the United States similar proposals are before Congress, and it would be argued that anything having that sort of impact on Canada should not be finally decided by an administrative agency but should indeed go to the political people responsible.

Mr. Philbrook: Let me suggest something extreme and I think rather unlikely. If it should happen that in fact we should have a federal NDP government, hardly a type of government that would be sympathetic to many of the interests of business, especially large corporate business, and this decision went, therefore, to a socialist minister, what would be your reaction then on your proposal?

Mr. MacAllan: Could I respond to that? I suggest that if we have an NDP government and they have a particular social-economic-political ideology that they will legislate in such a way that they wish to in any event, we would be bound by that legislation.

Mr. Huntington: Is that not what this bill is, though, more regulation on the private sector than the private sector really needs?

Mr. Philbrook: Everything is a matter of degree.

The Chairman: Is not every bill a regulation of something?

Mr. Philbrook: I am suggesting a more extreme orientation than this particular bill. I am presuming also, if in fact this bill were established by then, there would be a tradition of how the Board members would be selected, which would be rather difficult for such a government to breach.

Dr. Eldon: Mr. Chairman, our concern is that the elected representatives should delegate to appointed officials broad powers over the structure of industry and of the economy. It seems to us surprising that this should be done. Suppose, for example, the automobile industry were to be structured, or the steel industry in Nova Scotia, or the forest products industry in British Columbia. Surely these are matters that should not be left with appointed public servants or with the courts, but surely these will come in some form to a political decision. For example, one might cite the recent case of the General Electric-Westinghouse situation where the government did act outside the processes of FIRA and of the Competition Act to bring about some restructuring.

In our view if something is of sufficient importance with respect to industry structure in this country, it has a perma-

[*Traduction*]

rapport à la politique plutôt que de lui chercher des compétences économiques, etc.? J'aurais cru que dans votre propre intérêt, vous auriez préféré être libre de toute influence politique car la politique peut varier.

Le président: Cela dépend de l'influence je suppose. Continuez.

M. Batt: Je crois que nous pourrions répondre que ce sont fondamentalement là des questions politiques. Tel que le bill est actuellement rédigé, la Commission pourrait ordonner des dessaisissements dans le cas de l'industrie du pétrole.

Aux États-Unis on a présenté au Congrès des propositions semblables et on pourrait prétendre que cela ne devrait pas être un organisme administratif qui devrait décider de questions ayant ces répercussions au Canada, mais que cette responsabilité devrait incomber aux politiciens responsables.

M. Philbrook: Permettez-moi de vous présenter un cas extrême et, je le pense, plutôt peu ordinaire: en supposant que nous ayons un jour un gouvernement néo-démocrate c'est-à-dire qui ne serait pas tellement en faveur des intérêts des entreprises, des grosses sociétés, et que la décision devrait être prise en définitive par un ministre socialiste, alors quelle serait votre réaction devant cette proposition?

M. MacAllan: Puis-je répondre? Je suppose que si nous avions un gouvernement du parti national démocratique et qu'il avait une idéologie socio-économique politique de tel genre, il légiférerait de toute façon, comme il le voudrait et nous serions tenu de nous conformer à cette loi.

M. Huntington: Est-ce que ce n'est pas justement ce que fait ce bill, c'est-à-dire d'établir plus de règlements pour le secteur privé que ce dernier aurait besoin?

M. Philbrook: Tout est une question de degré.

Le président: Est-ce que tout bill ne constitue pas quelque genre de réglementation?

M. Philbrook: Je prétends qu'il pourrait y avoir une orientation plus poussée que ce qui se trouve dans ce bill et je suppose aussi qu'en fait si ce bill était adopté, les membres de la Commission seraient choisis d'une façon traditionnelle et qu'un gouvernement aurait bien du mal à ignorer cette tradition.

M. Eldon: Monsieur le président, nous nous inquiétons du fait que les représentants élus délèguent à des fonctionnaires nommés des pouvoirs aussi importants qui peuvent toucher l'industrie et l'économie. Cela nous surprend. Supposons qu'on structurerait l'industrie de l'automobile ou celle de l'acier en Nouvelle-Écosse ou des produits forestiers en Colombie-Britannique, il me semble que tous ces domaines ne devraient pas être laissés à la discrétion de fonctionnaires nommés ou de tribunaux car ils relèvent de quelque façon d'une décision politique. On pourrait citer la récente cause de *General Electric-Westinghouse* où le gouvernement a passé outre à l'Agence d'examen de l'investissement étranger et à la Loi sur la concurrence pour mettre en œuvre quelques mesures de restructuration.

A notre avis, lorsqu'on agit d'une façon importante sur la structure de l'industrie et qu'il en résulte des répercussions

[Text]

nent effect upon the economy and should not be a matter that the elected representatives should delegate in that fashion. That is one reason we propose that these matters, which we think will be few in number, should be matters of recommendation by the Board and not of order by the Board.

• 2210

The Chairman: Mr. Davidson.

Mr. Davidson: One quick comment, Mr. Chairman. The government did not act outside the provisions of the Combines Act in the Westinghouse case.

Mr. Eldon: On the other hand, Mr. Chairman, I think it would have been very difficult for the director of investigation to come along after the government had made its decision; very embarrassing, in fact, if they had proceeded with a case that challenged the decision of the government. This would be an undesirable situation in our submission.

The Chairman: Just one brief comment. I must admit, I have some sympathy for the power of Cabinet in connection with that specific case of White-Westinghouse-GSW. I was a central figure in that controversy and used whatever political clout I could to force a decision in a particular way. I must admit that I am sympathetic to the point you have made in that respect, in any case.

Mr. McCain: Bear in mind the time, and I will do the same.

Mr. McCain: I just have one question. I do not know whether I am going to extract an answer or whether the Chair is going to rule me out of order.

The Chairman: Put it first and then you will find out.

Mr. McCain: Dr. Eldon, I believe, stated that he was part of the administration of the Combines Act.

The Chairman: Restricted Trade Practices Commission.

Mr. McCain: If he were to find himself in an administrative position again under this bill, would he think the uncertainty of this proposed act would act upon his behalf as an administrator? Would it act detrimentally to him as an administrator? Would it open up opportunities for those whom he ruled against to challenge his ruling on the basis of his interpretation of the section under which he had made his ruling? In that case I believe they would have access to court—not to appeal the ruling but—upon the legality of the principle.

The Chairman: To question the law under the Federal Court Act.

Mr. McCain: Drawing on your past experience and speaking for Imperial Oil or personally or any way you like, what do you think?

Mr. Eldon: Mr. Chairman, I will speak personally. If I were again on the board and attempting to carry out the intent of this proposed act, I believe I would be faced with some extremely difficult decisions, and it might be a considerable time before the board had resolved all of the difficult questions of what new phrases mean, of what the guidelines mean—for

[Translation]

permanentes pour l'économie, les représentants élus ne devraient pas déléguer de tels pouvoirs de cette façon. Nous pensons que ces questions devraient faire l'objet de recommandations de la Commission et non pas d'ordonnance de la Commission.

Le président: Monsieur Davidson.

M. Davidson: Une petite remarque, monsieur le président. Le gouvernement n'a pas passé outre à la loi relative aux enquêtes sur les coalitions dans l'affaire Westinghouse.

M. Eldon: D'autre part, monsieur le président, il me semble qu'il aurait été difficile, très embarrassant, pour le directeur des enquêtes de mettre en question la décision après que le gouvernement l'avait prise. Ce serait là une situation peu souhaitable d'après nous.

Le président: Un bref commentaire: je dois admettre que dans le cas de l'affaire White-Westinghouse-GSW j'étais plutôt en faveur de l'autorité du Cabinet. J'aurais été en faveur d'utiliser toute espèce d'influence ou de patronage pour forcer la décision dans un sens et j'admets être favorable à votre idée dans ce cas.

Monsieur McCain, rappelez-vous de l'époque et je ferai de même.

M. McCain: J'aurais une seule question à poser et je ne sais pas si dans ce cas j'obtiendrai une réponse ou si le président décidera que c'est irrégulier.

Le président: Posez-la toujours et nous verrons.

M. McCain: M. Eldon, je crois, a déclaré qu'il participait à l'administration de la loi relative à l'enquête sur les coalitions.

Le président: A l'administration de la Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce.

M. McCain: Et si on lui donnait de nouveau, dans le cadre de ce bill, un rôle administratif à jouer est-ce qu'il ne considérerait pas que les facteurs d'incertitude qui existent dans cette loi nuiraient à son travail d'administrateur? Est-ce que cela ne permettrait pas à ceux qu'il est censé réglementer de contester ses décisions en se basant sur son interprétation de l'article qu'il a invoqué pour prendre sa décision? Dans ce cas ces gens pourraient faire appel aux tribunaux non pas au sujet de la décision mais de la légalité du principe.

Le président: C'est-à-dire mettre en doute la loi en invoquant la loi sur la Cour fédérale.

M. McCain: D'après votre expérience passée et à titre de porte-parole de l'Imperial Oil ou à titre personnel, qu'en pensez-vous?

M. Eldon: Je vais parler à titre personnel. Si je faisais partie à nouveau de la Commission et qu'il me fallait respecter l'intention de cette loi proposée je crois que j'aurais énormément de mal à prendre mes décisions. Il se peut qu'il s'écoule énormément de temps avant que la Commission ait résolu toutes les difficultés qui peuvent surgir dans l'interprétation de

[Texte]

example, in the merger section—and what type of remedies the board should try to apply in particular circumstances. I believe I would be faced with exceedingly difficult questions if I should be faced with a joint monopolization case, in particular, that was brought under Section 31.73(1)(f), where I had difficulty finding what the public detriment was. On the other hand, if I were in the position of the advocate, I would be faced with very difficult questions, given the limited amount of my resources, of what cases to bring before the competition board. I would be faced with very difficult questions of whether to start cases that might be long, costly, complex, and these might be the most important cases that I could bring before the competition board.

Mr. Chairman, in answer to Mr. McCain's question, I would somewhat shrink from these responsibilities, given what I believe to be some of the uncertainties and maybe rather poor drafting in this legislation.

Mr. McCain: Would you anticipate that your rulings might be challenged on points of law in the courts?

Mr. Eldon: Yes.

Mr. McCain: More often than if it were specific?

Mr. Eldon: Yes, and I think this would be entirely appropriate.

Mr. McCain: Thank you very much.

• 2215

The Chairman: I have a couple of very quick questions. There was a point made, I think by Mr. Batt but it may have been by Dr. Eldon, which I would like clarified. I got the impression from the remarks made that in the United States, under the Restricted Trades Practices Commission, in fact any direction for divestiture or to break up a combine or merger or whatever had to be referred to Congress. Now, that does not ring true to me. I believe there is some consideration before Congress in relationship to this question. Is it not true that the Commission in the United States in fact does have the power to break up organized industry and so on if it chooses to do so, directly without appeal to Congress or to the President of the United States?

Mr. Batt: Mr. Chairman, I certainly am not expert at all in their law. I believe what you have said is correct.

The Chairman: All right. I was just trying to straighten the record. I got the impression that the opposite was implied and I did not think that was meant; I think maybe in the confusion that existed I wanted it clarified.

Mr. Batt: Quite right, sir. But might I add that I assume the fact that bills have been introduced into Congress to achieve divestiture of the oil industry means that the matter is regarded of such great importance to the country that they did not wish to leave it to the administrative tribunal that might otherwise have authority to deal with it.

[Traduction]

ces nouvelles expressions, c'est-à-dire, par exemple, de ce que signifient les directives dans l'article concernant les fusions et quels sont les remèdes que la Commission devrait prendre dans des cas particuliers. Je crois que dans le cas, par exemple, de l'alinéa f) du paragraphe (1) de l'article 31.73, j'aurais énormément de difficulté à déterminer ce qui nuirait au public dans un cas de monopole conjoint. D'autre part, si j'étais dans la situation de l'administrateur, j'aurais des questions difficiles à résoudre compte tenu de mes ressources limitées pour savoir quelles sont les causes à porter devant la Commission de la concurrence. Et je me poserais la question de savoir s'il faut se lancer dans des causes qui risquent de prendre beaucoup de temps, d'être très coûteuses et ces causes cependant pourraient être les plus importantes apportées devant la Commission de la concurrence.

Pour répondre à la question de M. McCain, je dirai que compte tenu de certaines incertitudes et peut-être d'une rédaction faible de cette loi, j'hésiterais à endosser ces responsabilités.

M. McCain: Est-ce que vous auriez peur que vos décisions ne soient contestées au point de vue droit devant les tribunaux?

M. Eldon: Certainement.

M. McCain: Plus souvent que s'il y avait des précisions apportées dans la loi?

M. Eldon: Oui, et je crois qu'il devrait y avoir des précisions apportées.

M. McCain: Merci beaucoup.

Le président: J'aurais quelques brèves questions. Je crois que c'est M. Batt ou peut-être M. Eldon qui a soulevé une question que j'aimerais voir éclaircir. J'ai l'impression, d'après les remarques faites, qu'aux États-Unis dans le cadre de la Commission des pratiques restrictives sur le commerce, que toute décision en vue de déposséder ou de briser une coalition ou une fusion devait être présentée au Congrès. Cela ne me paraît pourtant pas exact et je crois que le Congrès a tout de même quelque chose à voir avec ces questions: n'est-il pas vrai que la Commission aux États-Unis a en fait le pouvoir de briser les cartels industriels si elle le veut, directement et sans avoir recours au Congrès ou au Président des États-Unis?

M. Batt: Je ne suis certainement pas expert dans leurs lois, mais je pense que ce que vous dites est exact.

Le président: D'accord. Je voulais simplement faire rectifier le compte rendu car j'avais l'impression que c'était le contraire qu'on laissait entendre et que ce n'était pas voulu.

M. Batt: Vous avez raison, mais me permettez-vous d'ajouter que ces bills ont été présentés au Congrès pour faire des dépossessions dans l'industrie du pétrole ce qui indique que la question a été considérée si importante pour le pays qu'on ne voulait pas qu'un tribunal administratif, qui aurait été d'habitude l'autorité compétente, s'en occupe.

[Text]

The Chairman: But surely if we had an administrative tribunal such as this one and Parliament decided that it wished to deal with the specific question of organization in the business community, surely we would not as Parliament be prohibited from dealing with a similar matter as that which might appear before the Board on the premise that Parliament is supreme.

Mr. Batt: Quite right.

The Chairman: It might even be supreme to the Competition Board. I think that is part of your point.

Mr. Batt: Yes.

The Chairman: Yes. Mr. Davidson.

Mr. McCain: You might very well wish to negate . . .

The Chairman: I beg your pardon?

Mr. McCain: You might very well wish to negate by legislation some ruling of the Board.

The Chairman: Which one could do, of course.

Mr. McCain: Which one could do but it would be some cause of embarrassment, I think, to the government of the day to do that.

The Chairman: We have not avoided all embarrassing situations. Mr. Davidson?

Mr. Davidson: Mr. Chairman, some of the bills which have come before the American Congress are bills for a sort of wholesale deconcentration in an industry, without regard to whether there have been any breaches of law or anything. It is simply one of the bills for deconcentration with respect to the oil industry which simply has in mind the idea that it is generally undesirable for oil refineries to retail gasoline. That is a very, very sweeping and broad thing which had nothing to do with offences under their legislation.

The Chairman: Yes, I agree. The only point that I was trying to get at was the distinction between one and the other and not create the false impression that the proposals within this law are diametrically opposed to those in the United States in that respect.

I notice in your opening statements, and I have just two small points to make here, that you say it should not administer business or substitute the judgments of official government for those of businessmen. Now there are two elements involved. One is the administration of business and I know of nothing inherent in this proposed legislation that really is designed to administer business but to set limits upon the actions that they can enter into to protect the public interest. It may do it well or badly but I do not know that I view the proposal as being one of getting down into the administration of the business community. I presume you would agree with that.

Mr. Eldon: Mr. Chairman, I think our concern is that certain clauses in the bill would, in effect, draw the Competition Policy Advocate and the Competition Board into adminis-

[Translation]

Le président: Mais il n'y a pas de doute que si nous avions un tribunal administratif de ce genre et que le Parlement décidait qu'il voulait s'occuper de ces questions précises de l'organisation des affaires dans la communauté on ne nous interdirait pas au Parlement de nous occuper de ces questions présentées à la Commission, vu que le Parlement constitue l'autorité suprême.

M. Batt: C'est exact.

Le président: Cela a peut-être quelque chose de suprême aussi de procéder ainsi de l'avis de la Commission de la concurrence. Je crois que c'est en partie ce que vous voulez dire.

M. Batt: Oui.

Le président: Oui. Monsieur Davidson, vous avez la parole.

M. McCain: Vous pouvez fort bien annuler . . .

Le président: Pardon?

M. McCain: Vous pouvez bien vouloir annuler en vous servant de la loi certaines décisions de la Commission.

Le président: C'est possible, naturellement.

M. McCain: Mais cela embarrasserait le gouvernement du jour.

Le président: Nous n'avons pas à éviter toutes les situations embarrassantes. Monsieur Davidson.

M. Davidson: Certains de ces bills qui ont été présentés au Congrès américain sont des bills visant une déconcentration générale de l'industrie et qui ne sont pas en rapport avec une violation de la loi. Il s'agit d'un bill pour décentraliser l'industrie pétrolière avec comme principe qu'il n'est pas souhaitable d'une façon générale que les raffineries de pétrole s'occupent du détail dans le cas de l'essence. C'est là une question très vaste qui n'a rien à voir avec des violations de leurs lois.

Le président: Je suis d'accord. Tout ce que j'essayais d'établir c'était la distinction entre les deux domaines et ne pas créer l'impression fausse que les propositions présentées dans le cadre de cette loi sont diamétralement opposées à celles que les États-Unis ont dans ce domaine.

J'ai remarqué dans vos déclarations du début, et j'ai deux petites questions à soulever ici, que vous dites que cette loi ne devrait pas réglementer les affaires ou remplacer les décisions des hommes d'affaires par des jugements faits par des fonctionnaires du gouvernement. Je dirais que nous avons deux questions qui sont soulevées ici: celle de l'administration des affaires, et je ne vois rien dans la loi que nous proposons qui permette de penser qu'on a l'intention d'administrer les affaires, mais tout ce que l'on veut faire ici c'est imposer des restrictions à certaines activités afin de protéger l'intérêt du public. Cela peut s'appliquer en bien ou en mal mais je ne crois pas qu'il s'agit d'administrer les entreprises. Je suppose que vous êtes d'accord.

M. Eldon: Monsieur le président, nous craignons que certains articles de ce bill obligerait, en fait, l'administrateur et la Commission de la concurrence à s'occuper de l'administra-

[Texte]

tering business, notably, paragraph (b) of the proposed joint monopolization catch-all section and the similar one in the proposed monopolization section, together with the remedies, for example, dissolving a monopoly or reducing the degree of monopoly.

I do not know what dissolving a monopoly would be. I know what dissolving a merger would be but how you dissolve a monopoly when it may have quite specifically less than 50 per cent of the market? I simply am at a loss as to what that means and the fact that there may be no public detriment and there may be these rather vague remedies which do call for, surely, some continuing supervision to see whether they are effective. This, I think, would draw the Competition Board, or officialdom, into first substituting its judgment for that of businessmen, and second, to administering the businesses that fall within this proposed section.

• 2220

The Chairman: You mean administration in the sense that if there is a break-up order it oversees it?

Mr. Eldon: Exactly.

The Chairman: But not administration in the sense that it attempts to administer the day-to-day activities of Imperial Oil, sir?

Mr. Eldon: Correct.

The Chairman: Okay, that is the only distinction I was trying to draw.

Now the second. You talk about substituting the judgments of officialdom for those of businessmen. I find that rather curious in this sense, that surely all law really substitutes is the decision of someone, somewhere, somehow in, hopefully, the public interest. It is officialdom in the sense that they are making a judgment, which would hopefully be within the confines and within the constraints laid down by the law established by Parliament, as loose or as vague as it may be in certain instances. But surely one would not conclude from this remark that businessmen's judgments are so sacrosanct that they ought not ever to be set aside.

Mr. Eldon: Not at all, sir. We are saying that, wherever possible, by all means let the market regulate, not a government.

The Chairman: I think that is inherent in this proposed act, that it is wherever possible. In fact, it is to make it even more possible that the market-place would regulate it effectively that is the thrust of the bill.

Mr. Eldon: This was certainly the spirit of the Skeoch-McDonald Report. We support that spirit. Our concern is only where we feel that there have been departures from that sphere, and that that object would not, in fact, be attained under the provisions of the bill.

The Chairman: Thank you. I would make one other comment here. I notice in your statement—and I applaud it, I

[Traduction]

tion des entreprises et l'alinéa f) notamment, de l'article proposé qui englobe tout dans le cas des monopoles conjoints ainsi que l'article semblable sur les monopoles et les remèdes à appliquer qui sont la dissolution du monopole ou la restriction du monopole de fait, aboutiraient à une situation où il y aurait l'administration des entreprises.

Je sais ce qu'est une dissolution de fusion mais dans le cas de la dissolution d'un monopole lorsqu'il y a moins de 50 p. 100 du marché. Je ne sais pas ce qu'il en est et le fait qu'il pourrait ne pas y avoir de détriment pour le public dans ce cas et des remèdes relativement vagues à appliquer amènerait, j'en suis sûr, les autorités à effectuer une surveillance continue pour s'assurer que ces mesures sont efficaces. Oui, je crois que cette situation amènerait la Commission de la concurrence ou la bureaucratie à se substituer aux hommes d'affaires pour les décisions et, en deuxième lieu, à gérer les entreprises qui tombent sous le coup de l'article proposé.

Le président: Vous voulez dire qu'il y aurait administration en ce sens que s'il y avait une ordonnance de dissolution, ces organismes s'occuperaient de la surveillance?

M. Eldon: Exactement.

Le président: Mais il n'y aurait pas d'administration en ce sens qu'on chercherait à s'occuper des affaires quotidiennes par exemple de l'Imperial Oil?

M. Eldon: C'est exact.

Le président: D'accord. C'est la seule distinction que j'essaie d'établir.

Passons maintenant à la deuxième question. Vous avez parlé d'une substitution des jugements de la bureaucratie à ceux des hommes d'affaires. En ce sens, je vous dirai que très certainement toute loi se substitue à une décision de quelqu'un quelque part ou de quelque façon pour, nous l'espérons, le bien du public. Il s'agit d'une bureaucratie en ce sens que ce sont ces fonctionnaires qui prennent la décision, décision que nous espérons limitée par la loi établie par le Parlement, même si dans certains cas c'est assez vague. Il ne faut cependant pas conclure de cette remarque que les jugements pris par les hommes d'affaires sont si sacrosaints qu'on ne devrait jamais y toucher.

M. Eldon: Certainement pas. Nous voulons simplement dire que dans la mesure du possible il faut laisser le marché s'autoréglementer et non pas faire intervenir le gouvernement.

Le président: Je crois que c'est justement ce que nous trouvons comme tendance dans ce bill, c'est-à-dire que le marché puisse s'autoréglementer.

M. Eldon: C'était certainement dans l'esprit du rapport Skeoch-McDonald mais nous nous inquiétons chaque fois que l'on s'écarte de cette voie, du fait que cet objectif pourrait ne pas être atteint en vertu des dispositions de ce bill.

Le président: Merci. J'ai une autre remarque: j'ai noté dans votre déclaration, et j'y applaudis car je crois que cela relève

[Text]

think it is a good strategy as well as a very frank and open approach—that you/compliment a lot of the underlying principles of the bill and support it. I think that is a very responsible thing to do.

But I find one curious anomaly in that respect, where I think you could have paid some tribute, rather than the other way around. That is where you say it should be recognized how frequently this ability to compete in the world market depends on building large-scale production. Surely, if one wanted to turn his mind to look at the more positive side, which is a large part of your opening statement, you would have recognized, I would think anyway, that it is self-evident that in the review process mergers and so on are allowed to occur. Under the old law they would not be allowed to occur at a per se approach if, in fact, they provided economies of scale, the ability to compete abroad. That seems to me to be one of the most interesting and positive thrusts of this bill. Whether that objective is adequately achieved one could easily debate. But, surely, to say that we in Canada, in a small nation, perhaps have to allow these kinds of practices to occur to achieve the very objective that you rather suggest we are not even attempting to achieve! Would you comment on that?

Mr. Eldon: Mr. Chairman, we believe the object of business should be to provide to the consumer, at lowest possible cost, the goods that he desires. Sometimes this requires large-scale production and world-scale plants. It may be, at times, a matter of a very large firm or a concentration of productive capacity to carry this out.

The Chairman: But does not this bill provide that opportunity? That is really the point I was making. Is my interpretation of this proposed legislation inaccurate when I have the belief that, in fact, it provides in very specific ways opportunities for precisely that to happen?

Mr. Eldon: Might I refer to some comments that Mr. Davidson has made earlier on two occasions? Since he is present, he can correct me if I am wrong in stating what he said. He referred to these possibilities in the merger section and in the special agreements section for recognizing that such arrangements could be made if there were to be substantial gains in efficiency. We would agree with that, of course, subject to our suggestion that the term for special agreements be lengthened.

• 2225

What concerns me as I read the comments of Mr. Davidson was that he indicated that where there may be anticompetitive mergers or specialization agreements, a principal purpose of the monopolization and joint monopolization sections was to enable the Advocate to challenge what had been previously done.

This seems to make competition superior for rather doctrinarian reasons to the object of substantial gains in efficiency. There seems to be an element of taking back what was allowed in the first place in the interest of substantial gains in efficiency.

[Translation]

d'une bonne stratégie et d'une ouverture d'esprit et d'une franchise recommandables, que vous êtes en faveur de beaucoup des principes dont s'inspire ce bill. Je crois que vous avez fait preuve là de sens des responsabilités.

Cependant, il me semble que vous ne vous êtes pas montré logique lorsque vous avez indiqué que vous reconnaissiez que bien souvent la possibilité de supporter la concurrence sur les marchés mondiaux dépendait de la production à grande échelle; il me semble que du point de vue positif, comme vous l'indiquez dans votre déclaration d'ouverture, vous reconnaissez de toute façon que dans le processus de révision, les fusions etc. se produiront. En vertu de l'ancienne loi, on ne permettait pas à ces fusions de se produire si, effectivement, elles favoriseraient certaines économies et la concurrence sur les marchés étrangers. Il me semble donc que ce bill apporte ici un élément positif des plus intéressants. Même si on peut discuter de la possibilité d'atteindre cet objectif, il n'y a pas de doute que nous au Canada, vu que nous sommes une petite nation dans ce domaine, nous devrions permettre ces pratiques pour atteindre cet objectif même, alors que vous avez l'air de prétendre, que nous n'essayons même pas de l'atteindre! Qu'en dites-vous?

M. Eldon: Je crois que l'objectif des affaires c'est de fournir aux consommateurs, au moindre coût, les biens qu'ils désirent. Quelquefois, pour atteindre cet objectif, il faut faire de la production sur une grande échelle ou avoir des entreprises d'envergure mondiale et, d'autres fois, il faut établir une grosse concentration de production.

Le président: Mais est-ce que ce bill ne permet pas justement de procéder ainsi? C'est justement ce que je voulais prouver. Est-ce que j'interprète mal le projet de loi si je dis qu'il permettrait d'atteindre cet objectif?

M. Eldon: Qu'il me soit permis d'en revenir à certaines observations que M. Davidson a faites à deux reprises. Puisqu'il est présent, il pourra me reprendre si je me trompe. Dans l'article sur les fusions, il est question de ces possibilités, et aussi dans l'article sur les accords spéciaux, on reconnaît que de tels accords pourraient être passés en cas d'efficacité grandement accrue. Nous sommes d'accord, avec cette réserve que nous proposons qu'on prolonge l'échéance des accords spéciaux.

Ce qui m'inquiète lorsque je lis les commentaires de M. Davidson sur le fait qu'il a indiqué que dans les cas où il y a des fusions qui suppriment la concurrence ou des accords spéciaux, l'objectif principal du monopole ou du monopole conjoint est de permettre à l'administrateur de contester ce qui a été fait précédemment.

Il semble que par là on considère la concurrence comme étant importante pour des fins plutôt doctrinaires que pour un accroissement de l'efficacité. Il semble qu'on reprenne jusqu'à un certain point ce que l'on a donné à l'origine au point de vue gains substantiels en efficacité.

[Texte]

The Chairman: I think that is an important point. Now we have to find out whether it is a valid one.

Mr. Davidson, I am not saying that what he says is necessarily valid either. That is a Committee judgment.

Mr. Davidson: I just want to clarify that, Mr. Chairman, because it is important. The point I tried to make before and which I shall try to clarify now is that there are some industries in Canada which are now highly concentrated. That does mean that is a bad thing, contrary to what Professor Armstrong was saying this afternoon, or attributing to us this afternoon. It does not mean it is a bad thing. What it does mean is there are dangers of abuse when industries are highly concentrated. One wants to be vigilant about the possibility of abuse where industries are highly concentrated.

The merger and specialization provisions of this bill contemplate still greater concentration in some industries because both in the merger and the specialization provisions the efficiency test over-rides the competition test. What we look for then is some other sectors where concentration will increase.

We are not saying that is a bad thing. On the contrary, we are saying because efficiencies are gained by virtue of that additional concentration, that is acceptable under the law. However, now we do have additional sectors which are highly concentrated, and therefore additional sectors where we want to be vigilant about the possibility of abuse.

The Chairman: There is one other last point. I thought the last one was the last one, but it is not. I notice that you talk about such drastic actions as divestiture whether or not the conduct of the firm was harmful. It seems to me that is a pretty strong statement. I would like to know, is it possible to order a divestiture when it is found that the conduct was not harmful? Mr. De Melto.

Mr. De Melto: I think in the case of mergers or monopolies, you clearly have to show abuse and you have to show that the remedy is directed to the abuse which the commission has found to exist. The commission in drafting its remedies has to look at it from that viewpoint, and I think the onus on them is very clear throughout the bill, that the remedy must be related to the abuses found to exist. In most of these cases, certainly involving monopolization, I think with a fair degree of confidence we would expect that the order will be to stop the particular anticompetitive practice which is being dealt with under the proposed section. It is quite clear even in the drafting that the divestiture dissolution remedies are remedies of last resort.

I suppose the other point worth mentioning—well, that other proposed section was referred to earlier which says that the board also should choose the remedy, which is proposed Section 31.79 which says:

31.79 In making any order that it is empowered by this Part to make, the Board shall make the order in such terms as will, in its opinion, achieve the purpose for which it is intended while interfering to the least possible extent

[Traduction]

Le président: Je crois qu'il s'agit là d'une question importante. Il s'agirait maintenant de savoir si votre idée est valable.

Monsieur Davidson, je ne prétends pas que ce qu'il dit est nécessairement valable; c'est au comité à en juger.

M. Davidson: J'aimerais éclaircir cette question car je crois qu'elle est importante. Ce que j'essayais de prouver et que je vais essayer de préciser maintenant c'est qu'il y a des industries au Canada qui actuellement sont extrêmement concentrées, centralisées. Cela ne veut pas dire qu'il y ait là quelque chose de mauvais, contrairement à ce que le professeur Armstrong a indiqué cet après-midi ou nous a attribué comme pensée. Ce à quoi il faut songer lorsque les industries sont étroitement concentrées, c'est au risque d'abus.

Les dispositions de ce bill concernant la fusion ou la spécialisation prévoient un accroissement plus grand encore de la concentration dans certaines industries, puisqu'en fait, pour qu'il y ait fusion ou spécialisation possible, ce sera sur la base de l'efficacité qu'on le permettra plutôt que sur celle de la concurrence.

Nous ne prétendons pas que cette situation est mauvaise, bien au contraire, puisque la loi permet une plus grande concentration qui aboutit à une plus grande efficacité. Il existe actuellement d'autres secteurs qui sont hautement concentrés et ce sont par conséquent des secteurs où nous devons veiller à ce que des abus ne se produisent pas.

Le président: Il existe encore une autre question; je croyais en avoir fini, mais j'ai remarqué que vous mentionnez des mesures aussi draconiennes que la dépossession, que l'entrepris se soit conduite d'une façon nuisible ou non. Il me semble que voilà une bien catégorique déclaration et j'aimerais savoir s'il est possible de faire une dissolution dans les cas où l'entreprise n'aurait pas agi au détriment du public? Monsieur De Melto.

M. De Melto: Je crois que dans les cas de fusion ou de monopole, il faut prouver l'abus et prouver aussi que le remède est en rapport avec l'abus trouvé par la Commission. Lorsque la Commission préconise des remèdes, elle doit tenir compte de ce fait et je crois que c'est à la Commission d'en faire la preuve; cela est bien clair dans le bill, le remède doit se rapporter à des abus qu'on a prouvés comme existants. Dans la plupart de ces cas, et très certainement dans le cas des monopoles, nous croyons que l'ordonnance qui sera émise visera à mettre fin à cette pratique anti-concurrentielle dont traite un autre article proposé du bill. Il est bien clair que la rédaction de ces remèdes concernant la dissolution, etc., sont des remèdes de dernière instance.

Je crois que l'autre question qu'il est bon aussi de mentionner c'est que cet article proposé dont on a parlé plus tôt, indique aussi de quelle façon la Commission doit choisir le remède qu'elle se propose de présenter et l'article 31.79 dit ceci:

31.79 Dans toute ordonnance rendue en vertu de la présente Partie, la Commission doit s'efforcer de concilier l'objectif principal d'efficacité avec le plus grand respect

[Text]

with rights that any person to whom the order is directed or any other person affected by the order might have but for the order.

• 2230

The Chairman: Mr. De Melto, I do not think you are answering the question that I raised. The question I am raising is this—is it necessary for the board to conclude that the practice is harmful to the public interest before an order of divestiture can be made?

Mr. De Melto: Yes, it has to be satisfied that the particular activities complained of are anti-competitive activities before it can issue that order.

The Chairman: I guess then the point that really is being made by Imperial Oil is that for anti-competitive behaviour in certain instances—although it may be an offence under this act, and an order may be made—there is no onus to indicate that that anti-competitive behaviour itself per se constitutes a detrimental impact on the public at large.

Mr. Eldon: On balance, Mr. Chairman . . .

The Chairman: Is that the point you are making?

Mr. Eldon: . . . there may be substantial gains in efficiency that outweigh the anti-competitive effect.

The Chairman: Well I am trying to get at this thing.

Mr. MacAllan: We are also making a second point, Mr. Chairman. The second point that we are making is that the definition of “detriment” is so broadly stated in clauses like:

(f) restraining economic activity in a manner otherwise than as described . . .

that we are concerned that drastic remedies or drastic orders can be taken by a very few people on the basis of their judgment without really demonstrating, because of the basket-like nature of the clause, a detriment.

The Chairman: Well can I pursue that for just a minute. Proposed Section 31.73(1)(f) is what I think you are talking about.

Mr. Eldon: Yes.

The Chairman: The basket clause. It seems to me there was evidence given before this Committee earlier that the basket clause, rather than being a catchall, has to be interpreted as being related to (a) to (d) and, therefore, has set limitations upon its views in a legal sense. And I guess it is under the interpretation of acts—I forget exactly what you call it.

Mr. Davidson: It is the *ejusdem generis* rule.

The Chairman: Would somebody explain that? I get the impression that your view is that it is an over-all opening to allow anything to slip in, whereas evidence before has indicated that it is not such a wide-open clause, that it is really quite restrictive in that it has to be related to the class of offence referred to in (a) to (d). Now am I stating previous evidence accurately?

[Translation]

possible des droits de tous ceux qui sont, directement ou indirectement, visés par l'ordonnance.

Le président: Monsieur De Melto, je ne pense pas que vous répondez à la question que j'ai posée. Voici ma question: est-ce que la Commission doit établir que la pratique est nuisible à l'intérêt public avant de pouvoir émettre une ordonnance de dissolution?

M. De Melto: Oui, la Commission doit s'assurer que les activités dont on se plaint sont des activités qui nuisent à la concurrence avant qu'elle puisse émettre cette ordonnance.

Le président: Je suppose que l'Imperial Oil, au cas où il pourrait y avoir des activités nuisibles à la concurrence, pourrait émettre une ordonnance sans qu'il y ait obligation de prouver que ces activités auraient une incidence nuisible pour le public en général.

M. Eldon: Donc, monsieur le président . . .

Le président: Est-ce que c'est cela que vous voulez dire?

M. Eldon: . . . il peut y avoir efficacité suffisamment accrue pour que l'effet anti-concurrentiel soit compensé.

Le président: J'essaie de comprendre.

M. MacAllan: Nous voulons aussi prouver un deuxième point et c'est le fait que la définition de «détriment» est extrêmement vague dans des articles tels que le suivant:

f) de réduire l'activité économique par des procédés non visés . . .

et nous prétendons qu'un très petit nombre de personnes peut décider de cette action au détriment du public sans réellement en faire la démonstration, vu que cet article est tellement général, et prendre des remèdes ou émettre des ordonnances extrêmement rigoureuses.

Le président: Puis-je continuer dans cette voie pendant un instant . . . je crois que vous parlez de l'alinéa f) du paragraphe (1) de l'article 31.73.

M. Eldon: C'est exact.

Le président: De cet article omnibus. Il me semble qu'on a déjà indiqué au Comité que cet article ne devrait pas être interprété comme englobant tous les cas mais devrait s'interpréter à la lumière des alinéas a) à d) car il est restrictif au point de vue juridique. Je crois qu'en vertu de la Loi d'interprétation—je ne me souviens plus comment vous l'appellez . . .

M. Davidson: Il s'agit de la règle *ejusdem generis*, c'est-à-dire de la règle de ce qui est de la même nature.

Le président: Est-ce que quelqu'un peut nous expliquer cette règle? J'ai l'impression que vous pensez que cet article ouvre la porte à tout alors qu'en fait les témoignages ici ont indiqué que cet article est très restrictif et qu'il ne s'applique qu'aux délits indiqués dans les paragraphes a) à d). J'aimerais savoir si je cite bien les témoignages précédents.

[Texte]

Mr. De Melto: I think the situation there is that normally the things preceding the catchall clause influence its interpretation. In this case it would be things of a similar anti-competitive nature. Now it may be that that is arguable and should be made even clearer than just relying on the *ejusdem generis* rule; but I think that that rule does apply there.

Mr. Huntington: Put in "in a manner otherwise".

The Chairman: I am not a lawyer, I cannot quite follow. I am just taking on the basis of faith that somewhere, somehow we are going to be able to sort this thing out and find out what it really does mean.

Mr. Affleck:

Mr. Affleck: I, in my personal view do not think it is clear as to whether it is *ejusdem generis* or otherwise.

Mr. Huntington made a point tonight concerning service station operators in his own constituency and it was suggested that under proposed Section 31.72 (2) (a) (iii) perhaps there would be a remedy for the competition policy advocate and Imperial Oil witnesses indicated that they did not think that section would apply. That conversation would seem to indicate why a so-called basket clause is needed. Because if we do have activity of the nature—and I am not passing judgment on whether **Mr. Huntington's** statement is correct—but if we had a situation not involving Imperial Oil, but just using A and B, and, in fact, it turned out that we could not use eliminating a competitor by predatory pricing, surely the Competition Policy Advocate would then have the flexibility to invoke this basket clause and catch such activity; and I would think that is why a clause like that is there.

• 2235

Mr. De Melto: As I say, the problem is that . . .

The Chairman: I have a feeling now that you are trying to have it both ways, somehow.

Mr. De Melto: No, if you specify certain types of anti-competitive activities—when you look at the possibilities and if you prohibit specific ones, very specific ones—I have no doubt that businesses can think up new ways of doing things which would achieve the same sort of result. If you tried to write down the types of monopolization that firms can engage in, you could make a list that was fifteen or twenty pages long; and when you were done, there would be all kinds of variants on that list.

So that is why it is in there. But it was certainly the Department's intention that what it would catch would be anti-competitive activities, exclusionary predatory ones, of a nature similar to the ones there.

The Chairman: Well, that perhaps ought to be said.

Mr. De Melto: The other point I would like to make with respect to this proposed section, in light of some of the things that were said earlier about competition being the overriding consideration, is that even in the monopolization section—the section in there which says that if the activities which are being undertaken can be shown to be based simply on superior

[Traduction]

M. De Melto: Je crois qu'en fait c'est ce qui a précédé la situation visée par cet article général et qui influencera son interprétation. Dans ce cas, ce seront des activités semblables de nature anti-concurrentielle. Peut-être qu'on peut cependant contester ce point en disant qu'on aurait dû établir quelque chose de plus clair que cette règle *ejusdem generis*, mais de toute façon je crois que cette règle s'applique ici.

M. Huntington: On aurait dû mettre ici: de toute autre façon.

Le président: Je ne suis pas juriste et je ne vous suis pas. J'espère que de bonne foi, de quelque façon, nous allons essayer d'en trouver la signification.

Monsieur Affleck, vous avez la parole.

M. Affleck: D'après moi, je ne suis pas sûr que cette règle *ejusdem generis* s'applique.

M. Huntington a discuté ce soir de la question des exploitants des stations-service dans sa propre circonscription et on a indiqué que l'administrateur aurait peut-être un remède en invoquant l'article 31.72(2)a)(iii) proposé et les témoins de l'Imperial Oil ont indiqué qu'ils ne croyaient pas que ce sous-alinéa s'appliquerait. Cette conversation nous indique semble-t-il pourquoi nous avons besoin d'avoir ici un article dit omnibus. Car supposons que nous ayons une situation, et je ne veux pas décider si la déclaration de **M. Huntington** est exacte, où il n'est pas question de l'Imperial Oil mais où, mettons, A et B sont en cause et que nous ne puissions pas invoquer cet alinéa, où il faut qu'il y ait eu élimination d'un concurrent par la fixation de prix abusifs, il n'y a pas de doute que l'administrateur aurait alors la possibilité d'invoquer cet article omnibus et sanctionner une telle activité. Je crois que c'est la raison pour laquelle nous avons un article de ce genre.

M. De Melto: Comme je disais, le problème est que . . .

Le président: J'ai l'impression que vous voulez gagner à tous les coups.

M. De Melto: Non, si vous précisez certaines activités anticoncurrentielles et si vous en interdisez certaines je suis sûr que les entreprises pourront inventer de nouvelles façons d'obtenir les mêmes résultats. Si vous voulez détailler par écrit tous les genres de monopoles dans lesquels une entreprise peut se lancer vous pourriez en remplir 15 ou 20 pages . . .

C'est donc pourquoi nous avons cet article omnibus mais le ministère a très certainement l'intention d'attraper les délinquants se livrant à des activités anticoncurrentielles c'est-à-dire exclusivement de même nature que celles qui sont là.

Le président: Oui.

M. De Melto: D'autre part, en rapport avec cet article proposé, et d'après ce qui a été dit précédemment c'est-à-dire que la concurrence étant le facteur suprême en cause, je voudrais indiquer que même dans cet article sur les monopoles, c'est-à-dire dans cet article qui indique que si l'on entreprend des activités que l'on peut prouver avoir été faites simplement

[Text]

economic efficiency—then that is a proper defence to the fact that they might have effects on restricting economic activity or something along those lines.

The Chairman: Well, I just have the feeling that the law really ought to at least say what you had in mind. We might even argue with what you had in mind but at least it ought to say that for staters. So maybe we ought to reconsider that point.

Mr. Philbrook.

Mr. Philbrook: I do not want to prolong this, really, but . . .

The Chairman: Look, I cannot complain. I am the guy that has been holding the place up.

Mr. Huntington: And Mr. Clermont was absolutely right. This has taken us to 10.30.

The Chairman: He was six minutes out. It is 10.36.

Mr. Philbrook: I was hoping you would say that but, I thought your question was: is it possible that the Board can come down with a decision which says, "We see nothing harmful done: we see no harmful actions; but we are ordering a remedy anyway".

The Chairman: That is the question.

Mr. Philbrook: But I did not hear it answered.

Mr. Batt: Mr. Chairman, I would venture an answer, if I might, and the answer is, yes.

The Chairman: But they would say no. Now, we have got to decide that.

Mr. Davidson: There is no possibility of the Board making an order if there is nothing to remedy. The clause that Dr. De Melto just read would prohibit that possibility: that alone.

The Chairman: Maybe we should best carry this on in my office where we could take off our coats and wrestle this thing out—wrestle the whole problem to the ground, as we have not done with inflation.

But in any event, I want to thank Mr. MacAllan and Mr. Batt and Dr. Eldon for appearing before us on behalf of Imperial Oil. We appreciate very much your frankness. I think it has been an extremely useful session to us in our deliberations. Thank you very, very much.

We shall now adjourn until tomorrow—and this is important—at 9.30 a.m., when we shall consider, clause-by-clause, Bill C-5 and Bill C-18. If any amendments are planned, they had better be brought in because that is the last meeting on that subject.

The meeting is adjourned.

Appendix follows—Insert

[Translation]

pour des raisons d'efficacité économique supérieure, on peut invoquer cette défense.

Le président: J'ai l'impression qu'il faudrait que la loi indique au moins ce que vous avez à l'esprit. On peut discuter de ce que vous voudriez qu'on y mette mais ce sera toujours un début. Nous pourrions donc réexaminer cette question.

Monsieur Philbrook.

M. Philbrook: Je ne peux pas prolonger cette discussion mais . . .

Le président: Ce n'est pas à moi de me plaindre car c'est de ma faute.

M. Huntington: Et M. Clermont avait absolument raison, car il est 10 h 30.

Le président: Il s'est trompé de 6 minutes. Il est 10 h 36.

M. Philbrook: J'espérais vous l'entendre dire mais j'ai cru que votre question était la suivante: Est-ce que la commission ne pourrait pas donner une décision comme: «rien de nuisible n'a été fait mais de toute façon, nous ordonnons tel remède . . .»

Le président: C'est là toute la question.

M. Philbrook: Mais on n'y a pas répondu, pour autant que je sache.

M. Batt: Monsieur le président, je me risquerai à indiquer que la réponse serait: oui.

Le président: Mais la commission prétendrait que non aussi il faut en décider.

M. Davidson: Le commission ne peut pas émettre une ordonnance s'il n'y a rien à rectifier. L'article que M. De Melto vient de lire interdit cette possibilité.

Le président: Peut-être vaudrait-il mieux que nous allions dans mon bureau discuter de toute cette affaire pour tirer tout cela au clair . . . ce que nous n'avons pas fait dans le cas de l'inflation.

De toute façon, je veux remercier M. MacAllan et M. Batt et M. Eldon pour avoir bien voulu venir témoigner ici pour le compte de l'Imperial Oil. Nous avons apprécié énormément votre franchise et je crois que ces discussions nous ont enrichis. Merci beaucoup.

Nous allons lever la séance jusqu'à demain, et c'est là quelque chose d'important, à 9 h 30 du matin où nous allons rectifier article par article le Bill C-5 et C-18. Si vous avez l'intention de présenter des amendements vous avez intérêt à les apporter demain matin car c'est là notre dernière séance à ce sujet.

La séance est levée.

Appendix follows—Insert

Dr. W. D. R. Eldon, Senior Advisor, Government Relations Division, Corporate Affairs Department;

Mr. H. G. Batt, Q.C., Associate General Counsel.

From the Department of Consumer and Corporate Affairs:

Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research;

Mr. Dennis De Melto, Director, Manufacturing Branch.

M. W. D. R. Eldon, premier conseiller, division des relations gouvernementales, département des affaires des corporations;

M. H. G. Batt, c.r., conseiller général associé.

Du ministère de la Consommation et des Corporations:

M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches;

M. Dennis De Melto, directeur, division du secteur secondaire.

APPENDIX "FTE-39"

SUBMISSION
TO THE
STANDING COMMITTEE
ON
FINANCE, TRADE AND ECONOMIC AFFAIRS
RE

BILL C-42
THE COMPETITION ACT

GROCERY PRODUCTS MANUFACTURERS OF CANADA

MAY 1977

SUBMISSION ON
THE SUBJECT MATTER OF BILL C-42,
THE COMPETITION ACT

INTRODUCTORY STATEMENT

Grocery Products Manufacturers of Canada/Fabricants
Canadiens de Produits Alimentaires is a voluntary Association of 94
companies listed in Appendix "A". We welcome this opportunity to place
before the House of Commons Committee our observations on Bill C-42.
The sweep and complexity of the legislative proposals is such that we
think the time allotted by the Committee for the submission of briefs is
really too short for a complete statement of our concerns. We have,
therefore, restricted our examination to the areas of most obvious con-
cern.

Before listing these areas we would like to comment
briefly on the structure of our industry. The field of food and non-food
consumer products manufacture in Canada is made up of literally thousands
of competing units. While it is true that many of these are local and
regional in their operations, it is nevertheless true that the numbers of
those operating nationally is very large. Our Association includes a large
proportion of the principal manufacturers, but there are many others
scattered across a range of product areas which encompass meat production,

processed fruits and vegetables, dairy processing, bakery and baked goods of all kinds, soft drink manufacturing, confectionery manufacturing, and, in the non-food categories, consumer paper products, soap and detergent products, and, indeed, the full range of products found in any modern, large supermarket.

These facts are mentioned to indicate that the views expressed in the GPMC brief are in fact the views of a total manufacturing sector of consumer products whose production now reaches close to \$20 billion annually in Canada. It is a sector of very strong competition amongst the manufacturers and it faces and relates to a distribution structure for its products which is increasingly concentrated in a very small number of large supermarket chains. It is natural, therefore, that the power of the large buyer is a matter of deep concern to the manufacturers and a central factor in our view of how the new competition policy might henceforth affect this relationship.

While the Minister and senior officials have indicated publicly that Bill C-42 is in a direct line of descent from the Economic Council study of the mid-1960's and, most recently, the findings of the Skeoch-McDonald Committee of 1976, we find this is very inaccurate.

We now list our first concerns with Bill C-42, as follows:

The proposed departures from the recommendations of the Economic Council report of 1969 and those of the Skeoch-McDonald Committee of March 1976;

- The enormous power of the Competition Policy Advocate;
- The power, structure and accountability of the Competition Board;
- The constitutional uncertainty respecting civil jurisdiction of the Board and the civil class action;
- The specific provisions touching on
 - (a) Mergers
 - (b) Monopolies
 - (c) Joint Monopolization
 - (d) Price Differentiation
 - (e) Class Actions/Substitute Action.

Our specific comments are set out below under appropriate subject headings. A summary of conclusions and recommendations may be found at the end of this brief.

DEPARTURE FROM PREVIOUS RECOMMENDATIONS

The Minister responsible for the introduction of the Bill has been quoted as describing the proposals as an attempt to implement the recommendations of the Skeoch-McDonald Committee. It has also been advanced that they largely conform to the earlier proposals of the Economic

Council. Our review of the three documents in question reveals that this is not the case. The present recommendations for legislation found in Bill C-42 go far beyond anything previously suggested by the Council or the Committee. This is particularly so in the case of the provisions relating to monopolies, joint monopolies, price differentiation and class action.

Put simply, the suggested treatment of these four cases was not recommended by those independent bodies charged with investigating the legislative needs in the field. Moreover, in the first three cases, the scope for intervention and discretionary regulation seems to run counter to the earlier recommendations. Some of the departures from the two previous reports will be noted below.

THE COMPETITION POLICY ADVOCATE

In our view, this office is to be endowed with extreme powers which are beyond those necessary for the effective performance of its functions. In addition, there is to be a remarkable lack of accountability in their exercise. The powers of search, seizure and to demand information are illustrative.

By Section 10(2), this official is entitled of his own initiative to require retrieval of computer data bank information. Such information in turn, because of the effect of Section 45, becomes potential evidence against

the person storing the information in any subsequent criminal proceedings that may be instituted against that person. The extraordinary nature of the power is put in perspective when viewed against normal rights against self-incrimination and the present-day restraints imposed on other criminal law enforcement arms. In the latter case, court approval is required prior to search and seizure. Nothing less is required for the new Competition Policy Advocate in the exercise of the powers provided in Sections 9 to 11.

In addition, it should be made clear that whoever is to hold the office must be accountable to the executive as well as to the judicial branch of government. The person appointed should be directly answerable to the Attorney General (given the criminal enforcement function on the job) and susceptible to immediate dismissal for failure to comply with ministerial direction. There is simply no justification in Canada for the type of autonomous power base proposed for this office.

It is also necessary to clearly curtail the use that can be made of information obtained by the Advocate through his investigatory powers. Such powers are normally granted only for criminal investigatory purposes. It follows that information gathered from their exercise should be strictly limited. While use of such information may be acceptable for the implementation of the Act through Canadian courts or the Competition Board, it is certainly not acceptable if it is contemplated that the Advocate can disseminate it in any other manner. In this respect, we are particularly concerned about the inter-

action of Sections 27(3) and 47, which appear to enable the Advocate to provide otherwise confidential information to other countries or to use it or make it available in civil damage proceedings. The right should not exist.

THE COMPETITION BOARD

It is perhaps in its approach to a civil Competition Board that C-42 legislation is seen by us as most fundamentally deficient. It seems to exhibit a governmental willingness to depart from the basics of the Canadian political system.

It cannot be denied that the Board as proposed is to be given an extremely broad responsibility for direction setting in Canadian economic policy and affairs. In these circumstances, it appears ludicrous that it and its members are answerable to no one for policy decisions. Indeed, it is to be given the power to overrule Cabinet decisions respecting mergers which are subject to the Foreign Investment Review Act. We believe that such a proposal, if given widespread publicity, would be considered broadly unacceptable in Canada today.

In addition, there would appear to be no sound reason for granting tenure of ten years to Board members. Such tenure is virtually unheard of in the private sector, yet it experiences no difficulty in attracting

top-notch people. Tenure should not be necessary to do the same for this Board. The Board is really to be an economic policy instrument in the Canadian marketplace and the reasons that require judicial-type tenure do not therefore exist. A renewable two-year appointment might be more in keeping with what is needed.

Finally, the treatment of appeals does not seem supportable. The Section 28 Federal Court Act appeal does not extend fully to cases where the Board reaches its decision on the basis of a wrong finding of fact. Surely decisions which can be expected to have such vital effects on individuals and such broad effects on economic policy should be susceptible to correction if they are based on errors of fact, without having to show that such errors arise from a perverse or capricious disregard for the facts.

Individual Canadian citizens may generally appeal from factually incorrect decisions in the ordinary courts when their individual rights are in issue. There can be no justification for subjecting businessmen and Canadian businesses (which will normally be respondents before the Board) to a less advantageous procedure for the correction of errors affecting them.

CONSTITUTIONALITY

The constitutional uncertainty of the federal civil regulation of competition and of creating a civil cause of action for combines breach was acknowledged by the Economic Council in its report of 1969. A reference was

recommended to determine the issue, a course also recommended by the Canadian Bar Association in its brief to this Committee during the consideration of the Stage I amendments. The Bar considered it inequitable to proceed otherwise when validity was so obviously in issue. We echo this opinion and question the propriety of any government decision which would require private individuals to bear what must be an enormous expense in having the question determined.

An alternative to a reference on the question of the Board's jurisdiction would be an amendment restricting the Board's right to intervene only in cases of an interprovincial or international character. Such an amendment would ensure constitutional validity and at the same time ensure that only those cases of national consequence are subject to discretionary intervention.

MERGERS

Although it is felt that these provisions reflect, in principle, a sound approach, in practice too many mergers are susceptible to review. This deficiency could be readily cured by:

- (a) restricting the Board's jurisdiction by the constitutional limitation suggested above, and
- (b) permitting consideration of only those mergers following which substantial competition does not remain.

A threshold based on these tests will enable examination of virtually all important mergers and be more in line with the priority of permitting rationalization to ensure domestic and international competitiveness.

Should such an approach prove unacceptable, we question the 20% market share threshold used to exempt horizontal mergers. Such a percentage share is too low to be an effective threshold and may be seen by the Board as a bench mark test as to whether competition is lessened substantially. If any figure is to be used, one of 33-1/3% may be more realistic since the remaining competition, with twice the market share of the merged parties, would be sufficient to protect the public interest. This threshold, if used, should also include vertical mergers as there would not appear to be a logical explanation for not doing so. Finally, it should be made abundantly clear that mergers resulting in a market share above the percentage figure are not automatically suspect. They are simply no longer exempt from review.

Returning for a moment to the power of the Board, we should reiterate that its lack of accountability for decisions on matters such as mergers is totally inappropriate.

MONOPOLIES

Under these provisions the Competition Policy Advocate is given the power to investigate and bring before the Board cases involving the use of so-called "monopoly" power. In fact, the proposal gives the Board the power to regulate competitive behaviour not of true monopolies, but of any firm of relative strength in a product market. To describe these provisions as being designed solely to control monopolies is for the government to engage in misleading advertising.

If a complaint is justified concerning the description of the provisions, far greater concern must be expressed about the substance. The cases in which the Board can act are so broadly described as to be meaningless. What, for example, is "behaviour that ... is likely to have the effect of restricting entry into a market"? A plausible answer would be good, tough competition. Another would be entering a market before a competitor. The catch-all phrase of "restraining economic activity in a manner otherwise than as described (above)" is a simple licence for the investigation and behavioural regulation of any firm of any significance in the Canadian marketplace.

Put mildly, the entire provision is uncalled for and it is no answer for the officials to assure the public that its use will be strictly circumscribed. The point is that unless a case can be made for this type of regulation of business behaviour, then it should not be attempted.

As to whether such a case has been made, the simple answer is 'no'. Professor Skeoch's Committee would have repealed the criminal monopoly provisions and limited civil investigation and regulation to cases involving misuse of power by true monopolies (i.e. persons with the power to choose their own rates of profit or market share, largely undeterred by those in competition with them). He would not have endorsed this blanket ability to investigate and regulate the conduct of large enterprises.

The Economic Council also would have done away with the criminal sanctions. In addition, it stated that NO civil provision dealing with monopolies was necessary. Based on its investigations, it concluded that reliance could be placed on the merger and trade practices provisions (introduced in Stage I) to control monopolistic behaviour. Extreme cases which might escape such control were felt to be the proper subject for Parliamentary treatment through special legislation.

In other words, the only two independent studies in the field proposed a different approach, one which would deal in a circumscribed way only with true monopolies.

JOINT MONOPOLIES

The present Bill enables behavioural and structural regulation of situations known as joint monopolies. These are said to exist where relatively few firms hold a large market share in a particular market and these

firms behave in a closely parallel manner. There is no requirement for this behaviour to be as a result of agreement, nor is any other illegality of behaviour required prior to the right to intervene. In fact, it is acknowledged that it is likely to occur as a natural consequence of the marketplace. When such a situation is found to exist, the Board is empowered to act if it finds certain "improper" behaviour.

The breadth of this regulatory potential can perhaps be explained if we point out that:

- for companies dealing in "commodity-type" products, it is a condition of existence for major companies to pursue closely parallel policies;
- it is a characteristic of the Canadian economy that these markets are generally made up of relatively few participants; and
- virtually any one of the elements which entitle the Board to intervene (i.e. behaviour which is likely to restrict entry, eliminate a competitor, restrain economic activity) can be equally consistent with hard competition as with pre-planned anti-competitive behaviour designed to have the same effect.

It must be made clear to this Committee that under these provisions a very high percentage of Canadian grocery products producers will have most of their marketing practices subject to potential review and direction, simply because these practices are closely parallel and because the industry is concentrated. Examples of such closely parallel practices are: selling from volume discount schedules; offering promotional allowances dealing with established grocery wholesalers; actively competing for shelf space and traffic flow; engaging in national advertising; and so on.

The point of this recital is to attempt to establish the scope of the regulatory powers proposed. Again, as in the case of the monopoly provisions, the powers should be eliminated unless evidence clearly establishes their need. As to this question, no evidence is advanced. Moreover, group anti-competitive activity of a collusive nature is already very effectively controlled by the conspiracy provisions.

In our view, the joint monopolization provisions are a totally uncalled for attempt to regulate normal business activity and one that should be completely abandoned.

PRICE DIFFERENTIATION AND PRICE DISCRIMINATION

The present law forbids resale price maintenance and also requires that prices be uniform for sales of like quantities and qualities of a product.

There are a number of important points to be made with respect to Bill C-42 which, in addition to the retention and enlargement of the criminal law prohibition of price discrimination, would now introduce a new concept of price differentiation and provide for a review of pricing policies relating to differing quantities and, presumably, qualities of a product. The attempt of the drafters is to assist smaller businesses which, if efficient, should be allowed to compete on an equal basis with larger competitors.

While the attempt to assist the competitive process by introducing a right to disallow or to modify differential prices may seem attractive, it is vital to observe that this flies in the face of experience elsewhere and, in particular, the United States where a long experience with such "cost justified" approaches has failed to achieve the objectives sought by the Robinson Patman Act.

Messrs. Skeoch, McDonald and colleagues studied this issue thoroughly and concluded that selling below long-run average cost was the sole test of pricing policy which should be applied and enforced.

The manufacturing and distribution of food and non-food products in Canada has evolved in a pattern similar to that of the United States, with one very important distinction. Canada is a much smaller market and very dispersed geographically. A situation now exists where there are many suppliers of a wide range of grocery products but a limited number of large chain retailers. The buying power of the large grocery retailer is a significant factor

in the shaping of the merchandising policies of the sellers. Just to concentrate on the issue of seeling price is to ignore the fact that a full range of services and promotional allowances are also part of the economic mix.

Within the ranks of our Association there will be examples covering the whole spectrum of such buyer-seller relationships. For example, it is the policy of some companies with well-defined product lines to set their prices on the basis of carload or truckload lots and to offer this price to all purchasers, large or small. They know from their experience that this is the most efficient pricing method for them and the volume of product sold on this basis ensures that the consumer ultimately benefits by this approach.

Other companies depending on their product mix or their scale of operations may develop more elaborate pricing and merchandising schemes with volume rebates, promotional allowances, and other incentive schemes designed to build demand for their products.

It is virtually the universal practice of the large chains handling such products to require that co-operative allowances be offered by sellers to assist in the task of building consumer interest in the products at the store or chain level.

One can appreciate that it is very difficult for legislation to encompass all of these circumstances. It is also the case that the experience of this industry, while differing in some respects, is in fact also similar to the manner in which other mass production and distribution industries have

developed. The process has evolved in this way because it has clearly been the most efficient route to follow in our mass market society. The consumer has clearly benefitted and it is undoubtedly the case that there have been some casualties along the route.

There is no doubt that many or most of our member companies would favour some restraints on buyer power. It is a hollow joke to place so much emphasis in a proposed new competition bill on seller responsibilities. We think there should be a greater emphasis on the burden of proof required of large retailers to demonstrate the efficiency of the merchandising allowance system. However, we do recognize the economic dangers of such a legislated approach. The public results of Robinson Patman in the United States seem in the judgment of most observers to be that prices have been more rigidly structured than is economically desirable.

We are not able to agree with the intent of the price differentiation section as drafted and we hope Parliament will take into account all aspects of this question before proceeding with such a simplistic solution.

If, on the other hand, the Bill is to proceed with some such power being granted to the new Board, we urge that both sides of the transaction (i.e. buying as well as selling) be received and that total account be taken of the terms (i.e. price and allowances), including those received at the behest of the buyer as part of the purchase.

We would repeat our concern that U.S. experience has resulted in unwanted rigidities and that the interests of small scale business can never be enhanced by a legislative system which creates marketplace inefficiencies, either as to scale of production or quality of the merchandise.

CLASS ACTIONS

As indicated earlier, we share the view of the Canadian Bar Association that it is harshly unreasonable for the federal government to proceed in this area without first obtaining the views of the Supreme Court of Canada on constitutional validity. One can imagine the expense which will have to be borne by the parties to the first class action in arguing this question. There is no doubt that all provincial Attorneys General will intervene, as will their federal counterpart, yet this legislation will prohibit the award of costs to the parties.

Proceeding on the assumption of validity, however, it is felt that the proposal represents an advance over those put forward in the Williams study commissioned by the Department. The latter were extreme and their author seemed prepared to abandon concepts of equality before the law by balancing the scales heavily in favour of consumer-plaintiffs.

Despite the move in Bill C-42 towards a more equitable balance between the parties, the proposals are not yet even-handed. First, the "opt-out" provisions (Section 39.12(5)) will keep the class artificially large, thus facing

the defendant with the possibility of enormous liability for alleged misconduct. This provision, coupled with a discretion in the court to order the defendant to give notice, somehow seems wrong. It could well result in a defendant being required to pay to advise a number of people that they were suing him. It is a rule quite unknown to this jurisdiction.

The cost provisions are also of concern. Recent reports indicate a disapproval, at least in the Ontario courts, of a no-cost rule. Costs have universally been regarded as a method of controlling de minimus or frivolous claims. Without such a cost risk the administration of justice, already over-burdened, is likely to be further impeded. It would seem wise in these circumstances for this Committee to seek the views of those charged with the working of the court system in the larger provinces.

The cost proposals suffer from another deficiency. They provide for the application of the normal cost rules in actions against a defendant who has previously been convicted of a combines offence arising out of the facts of the present suit. At first blush one may ask, why not put a person already convicted at risk since that person has already been shown to be guilty? This misses the point about even-handedness, however. Such a rule really only puts the defendant at risk when it appears the plaintiffs cannot lose. There may be many cases where the defendant knows the plaintiff cannot win, yet that defendant, even though successful, must bear the costs. On balance, the preference would seem to be the normal costs rule. If this is rejected the present rule should be amended to cure the imbalance mentioned above.

Yet another concern relates to the proof of damages in those actions where they are claimed. This question is dealt with in Sections 39.13(2) and 39.21. When both Sections are examined, it would appear that the court is to be given the power to determine an individual class member's entitlement to compensation in some vague way short of requiring proof of damages and in circumstances where the defendant is denied the normal right to discovery of that class member's claim. This view is confirmed by the language of Section 39.21 which limits rights of discovery to cases where the trial judge has not already determined the damages of class members.

It may be that this oddity results from sloppy drafting, which is an assumption we have made. If this is the case, it can be corrected. If, on the other hand, the result is intentional, then the proposal is nothing short of being outrageous. It would be simply unheard of to permit plaintiffs (class or otherwise) to obtain monetary judgments without requiring that loss be proved and without giving the parties such everyday and necessary rights as examinations for discovery.

By way of summary on this issue, a constitutionally valid and even-handed class action procedure for the disposition of multi-party combines claims would seem broadly acceptable at this stage, on the assumption that our courts can handle the cases. It is equally clear, however, that any attempt at an unfair weighting of the scales to favour plaintiffs to achieve other aims would be regarded as draconian and widely opposed.

SUBSTITUTE CLASS ACTION

If a fair class relief procedure can be praised, nothing can be said in favour of the substitute class action proposed for the Competition Policy Advocate. In the first place, it is a civil suit and it abandons the principles of what we know as the Rule of Law by giving rights to compensation to those (in this case the State) who have suffered no loss. Secondly, it improperly promotes the state-funded de minimus litigation on the theory that victory for the Competition Policy Advocate will deter breach of the criminal law and remove ill-gotten gains from wrongdoers.

The improprieties are obvious:

- (1) Criminal breach is supposedly proved, but
conveniently through a lesser onus than required
by the criminal courts;
- (2) Damages or the loss suffered by the class
represented by the Competition Policy Advocate
need not be proved.

In these circumstances the action will clearly achieve the aim of deterrence, but in much the same fashion as any arbitrary measure might.

The simple fact of life in Canada so far has been that we enforce our criminal courts under the usual criminal onus of proof. To date we have also been satisfied that our courts are able to mete out punishment to fit the crime. It is the view of this Association that there can be no conceivable argument

for abandoning these principles now. The substitute action should be completely abandoned.

RECOMMENDATIONS

The reasons for the recommendations listed below have been discussed in the body of this brief. Many aspects of the legislation have been ignored because of time constraints imposed on us by the timetable of the government and of this Committee. If time permits, we would be obliged if the opportunity could be provided for the submission of a supplementary statement. Our recommendations are as follows:

1. Determine constitutional validity of federal regulation of competition and of the civil class action.
2. Curb the power of the Competition Board by providing:
 - (a) full appeals;
 - (b) Cabinet overrule;
 - (c) removing tenure.
3. Limit the autonomous power of the Competition Policy Advocate by:
 - (a) making the office answerable to the Attorney General;
 - (b) providing judicial approval for the exercise of his investigatory powers;
 - (c) ensuring confidentiality of information obtained; and
 - (d) removing the power to institute substitute actions.

4. Provide a higher threshold for merger cases by only permitting investigation of those following which no substantial competition remains. Alternatively, provide a 33-1/3% market share threshold for both horizontal and vertical mergers.
5. Abandon the provisions relating to monopolies, joint monopolies, price differentiation and the substitute action.
6. Amend the class action rule by:
 - (a) abandoning the "opt-out" notice provision;
 - (b) correcting the imbalance in the cost provisions;
 - (c) requiring proof of damages before judgment; and
 - (d) permitting discovery of individual class members by the defendant in all cases.

Respectfully submitted,

Grocery Products Manufacturers of Canada

APPENDIX "A"

GROCERY PRODUCTS MANUFACTURERS OF CANADA
FABRICANTS CANADIENS DE PRODUITS ALIMENTAIRES

LIST OF MEMBER COMPANIES

LISTE DES SOCIÉTÉS MEMBRES

American Can of Canada Limited
Associated Biscuits of Canada Limited
The Borden Company, Limited
Bovril (Canada) Limited
Boyle-Midway (Canada) Limited
Bristol-Myers Products Canada
Brooke Bond Foods Limited
Burns Foods Limited
Cadbury Schweppes Powell Limited
Campbell Soup Company Ltd
Canada Bread Division of Corporate Foods Limited
Canada Packers Limited
The Canada Starch Company Limited
Canadian Cannery Limited
The Canadian Fishing Company Limited
Canadian Home Products Limited
The Canadian Salt Company Limited
Carnation Company Limited
Catelli Ltd.
Chesebrough-Pond's (Canada) Ltd.
Christie, Brown and Company Limited
Church & Dwight Limited
The Clorox Company of Canada, Ltd.
Club House Foods Limited
Coca-Cola Ltd.
Colgate-Palmolive Limited
The Continental Group of Canada Ltd.
Crown Zellerbach Canada Limited
Crush International Limited
Culinar Inc.
Dainty Foods Limited
Delta Food Processors Ltd.
Dominion Dairies Limited
Domtar Chemicals Ltd., Sifto Salt Division
Dow Chemical of Canada, Limited
E.B. Eddy Forest Products Ltd.
Eddy Match Company, Limited
Facelle Company Limited
General Bakeries Limited
General Foods, Limited
General Mills Canada, Ltd.
Gerber Products of Canada Ltd.

Hardee Farms International Ltd.
H.J. Heinz Company of Canada Ltd.
Kellogg Salada Canada Ltd
Kimberly-Clark of Canada Limited
Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd.
Kiwi Polish Company (Canada) Limited
Kraft Foods Limited
Lawry's Foods of Canada Ltd.
Lever Brothers Limited
Thomas J. Lipton Limited
Macdonald Tobacco Inc.
Maple Leaf Mills Limited
McCain Foods Limited
McNair Products Co. Limited
Mead Johnson Canada
Miles Laboratories, Ltd.
Morrison Lamothe Foods Limited
Mother Parker's Foods Limited
Nabob Foods Limited
National Sea Products Limited
William Neilson Limited
Nestlé (Canada) Ltd.
Norwich Pharmacal Company, Ltd.
Omstead Foods Limited
Ovaltine Food Products
Pepsi-Cola Canada Ltd.
Perkins Papers Ltd.
Pillsbury Canada Limited
The Procter & Gamble Company of Canada, Limited
Purex Corporation, Ltd.
The Quaker Oats Company of Canada Limited
Ralston Purina of Canada Limited, Consumer Products Division
Reckitt & Colman (Canada) Limited
Redpath Sugars Limited
Robin Hood Multifoods Limited
Rowntree Mackintosh Canada Ltd.
St. Lawrence Starch Company Limited
W.H. Schwartz & Sons Ltd.
Scott Paper Limited
Seven-Up Canada Limited
Standard Brands Canada Limited
Sterling Drug Ltd.
Sucronel Limited
Wm. Underwood Co. (Canada) Ltd.
Unico Foods Limited
Union Carbide Canada Limited
Warner-Lambert Canada Limited
Weetabix of Canada Limited
Weston Bakeries Limited
J.W. Windsor Co. Ltd.
G.H. Wood & Company Limited
Wm. Wrigley Jr. Company Limited

APPENDIX "FTE-40"

Suite 703,
Place Laurier,
170 Laurier Avenue West,
Ottawa,
Ontario
K1P 5V5
(613) 236 - 0583

Suite 504,
797 Don Mills Road,
Don Mills,
Ontario
M3C 1V1
(416) 429 - 4444

OTTAWA, June 14, 1977

CORRESPONDENCE WITH DR. LAWRENCE SKEOCH

In response to a request from Mr. G.G.E. Steele, President of Grocery Products Manufacturers of Canada, Dr. Skeoch, the co-author of the Report on Combines Policy, offered the following as comments on two important aspects of Bill C-42. He has given his permission for this exchange to be entered into the record of the Parliamentary Committee, should that Committee so agree.

1. Price Discrimination and the Proposals of Bill C-42: Price discrimination exists when price differentials do not correspond altogether with real cost differentials. Cost differentials in economic language do not mean "cost justification" in the cost-accounting records sense. Still less does it relate to that portion of cost-accounting records that would meet the legal burden of proof or that the expense of assembling data would make it feasible to bring forward. The result would be that the proposed legislation (C-42) would require discrimination against the lower cost buyer.

Cost differentials are, by their nature, uncertain and imprecise and are determined by the market process. The test proposed in the legislation is Section 31.77(2) that the price differentials be "based on a reasonable assessment of the difference in the actual or anticipated cost....". Nowhere is it indicated as to whether short-run or long-run marginal or average cost of production and distribution are to be employed. Furthermore, to use "actual cost" is to apply a retrospective test.

To encourage dynamic change in its various dimensions, it is vital that business firms be free to experiment with price differentials to initiate and to promote changes in the markets for their goods and services, to explore the elasticity of demand in certain segments of the market, and the like. The prohibitive cost of assembling cost-accounting data that will meet the burden of proof required in the

crude "actual or anticipated cost" test will undoubtedly mean that there will be, on the average, discrimination against lower-cost buyers and a strong bias in favour of uniform prices to all buyers.

The Government has also required the Board to determine whether the practice of using differential prices "has impeded, or is likely to impede, substantially, the expansion of an efficient firm, or a firm that, but for the practice, would be a strong competitor in a market". Instead of relying on the market to sort out the efficient from the inefficient, we are now to rely on the Board to employ the "black box" technique to determine who is and who is not "efficient". The Board, instead of relying on the processes of the market to determine who is best serving the needs of the public, is to interpose its judgment in such a complex and unpredictable area.

In terms of practical application, this legislation will have the effect of enforcing discrimination against the lower-cost buyer or the lower-cost method of distribution. This is a solid, if unofficial, achievement of the small business lobby.

A longer-term consequence of encouraging uniformity of prices to all buyers -- that is encouraging discrimination against the lower-cost buyer or the lower-cost method of distribution -- which is the central purpose and effect of the government proposals, will be to cause large wholesale and retail distributors to avoid discriminatory treatment by developing (or taking over) sources of supply for the products or services they will otherwise obtain through the competitive market system. This will trigger complaints from the combines authorities about further concentration in industry and generate demands for more anti-merger activity to discourage uniformity in pricing practices. This can be regarded as an exercise in futility, as comic relief, or what you will. It is not intelligent policy-making.

2. Joint Monopolization (Section 31.73): The sections dealing with both monopolization and joint monopolization share a basic fault. They adopt a simplistic view of competition and they adopt a "fine tuning" approach to the formulation of remedies which rely on the "command and control" technique rather than on altering environmental conditions to strengthen the processes of dynamic change.

The fundamental danger is that it may oblige members of a small group to behave as if they were unintelligent enough to overlook the obvious fact that they are indeed members of a small group which is itself the result of technological and/or organizational forces which are the essence of a dynamic and efficient economy. The emphasis on closely parallel policies or closely matching conduct in the Blue Book

betrays the textbook bias of the approach.

The fact that prices must, perforce, become identical for close substitutes or for identical products in a given market is obvious. It is not, of course, a necessary justification of identical prices in general. The questions are: how is the level of the identical price arrived at, and is it really an identical price in day-to-day market conduct?

There is a great deal of evidence that transaction prices deviate substantially from quoted prices. For example, over a lengthy time period when quoted prices in the steel industry in the United States remained stable, transaction prices fluctuated over a very wide range. The form was closely parallel conduct; the substance was effective price competition.

In considering the point at which apparently identical prices settle, one must note that where such prices are fixed by collusion, there is of course no debate amongst the parties. We are dealing with prices arrived at by mutual self-awareness in a small numbers setting which is the product or genuine cost advantages of size. So long as there is no mutual understanding to restrict investment, to limit technological change, or other dimensions of dynamic change, then the price parallelism is merely an intelligent response to the fact of fewness.

If, on the other hand, the mutual understanding does extend to the dynamic elements just mentioned, the appropriate policy response would be to ease entry for technologically or organizationally efficient rivals or would-be rivals and not to concentrate on futile efforts to oblige oligopolists to behave as if they were not functioning in a small numbers setting.

APPENDIX "FTE-41"

SUBMISSION TO THE HOUSE OF COMMONS STANDING COMMITTEE ON
FINANCE, TRADE AND ECONOMIC AFFAIRS REGARDING BILL C-42,
THE PROPOSED COMPETITION ACT

May, 1977

by

W. T. Stanbury
Associate Professor
Faculty of Commerce and
Business Administration
University of British Columbia

G. B. Reschenthaler
Associate Professor
Faculty of Business Administration
and Commerce
University of Alberta

- I. Introduction
- II. Specialization Agreements, Export Agreements,
Interlocking Management, Regulated Industries
- III. Class and Substitute Actions
- IV. Joint Monopolization
- V. Mergers
- VI. Other Issues

I. INTRODUCTION

Bill C-42 represents a desirable set of amendments to Canada's competition policy statute, the Combines Investigation Act. No doubt, most critics will criticize the bill for going too far; we would criticize it for not going far enough in a number of important areas of competition policy.

We support an effective competition policy, as such we see the need to move beyond the narrow construction of the criminal law to attack a wide variety of trade practices inimical to effective operation of competitive markets. As we see it, competition policy represents an expression of the public interest in the maintenance (and extension) of effectively competitive markets for the allocation of the nation's scarce resources. It consists of the use general civil and criminal prohibitions of a variety of restraints of trade which have the effect of inhibiting the operation of competitive processes. Persons and firms accused of illegal trade practices are to be subject to adjudication by the courts or by an independent administrative tribunal.

The institution and maintenance competition policy in Canada reflects a belief, which can be bolstered by much careful research, "that, over the greater part of the economy, competitive market forces are potentially capable of allocating resources better and more cheaply, with less cumbersome administrative overhead, than any alternative arrangement such as wholesale public ownership and control, detailed government regulation of enterprise, or self-regulation by large industrial units within a corporate state".¹

Of course the process of competition is not an end in itself in the context of competition policy. It is a means to achieve a variety of social objectives. The principle one is efficiency in the allocation of society's scarce resources among competing end uses. Second, effectively competitive markets provide an impersonal, general form of control which facilitates greater economic freedom for both producers and consumers. One alternative to a vigorous competition policy, government regulation, such as found in various agricultural marketing boards, has little to recommend it in theory or in practice. Robert Bertrand, the Director of Investigation and Research of the Combines Investigation Act has argued that for this reason, businessmen ought to support an effective competition policy.

Competition policy legislation is not only the antithesis of government regulation, but when it is effective it is the best safeguard for the business community against greater direct intervention by government.²

We support such a policy for the same reason and for a variety of very practical ones. At all times, when we evaluate the utility of competitive markets we should keep in mind that they are to be "valued for the real net benefit [they] yield to the ultimate consumer".³

When listening to the often one-sided "debates" over competition policy in Canada, it is easy to become confused over the relative importance of business interests and those of consumers. The health of business enterprises, businessmen would have us believe, is the final objective of economic policy. A change which fails to enlarge profits, which strikes at a protected business position (e.g. tariff reductions) or which would push businessmen to compete on the basis of price is seen as an attack on the foundations of our national existence. Businessmen are confused as to whose interests ought to be given priority in the economic system. All of their activity is but a means to maximize the well being of consumers. The idea of consumer sovereignty is not new. Two hundred years ago Adam Smith argued:

Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer. The maxim is so perfectly self-evident, that it would be absurd to attempt to prove it.⁴

But Smith was a true political economist for he shrewdly observed, "in the mercantile system, the interest of the consumer is almost constantly sacrificed to that of the producer; and it seems to consider production, and not consumption as the ultimate end and object of all industry and commerce ..."⁵

Professor Milton Moore indicates why consumer interests should be favored over the interests of producers:

The interests of the citizen as consumer should be put ahead of the citizen as producer because, if this were done, there would be a net improvement to many even if those who gained had to compensate those who lost. We must give priority to the consumer's interests because that priority is a necessary condition for efficiency and an increasing real income per capita.⁶

When public policy makers come to appraise a particular restraint of trade they should adopt the following criterion: does the trade practice in question create a net benefit to consumers taken as a whole? If it does not it should be struck down regardless of the benefits it bestows on a group of business firms.

Nature of the Brief

In the past year or so we have been engaged in a number of detailed studies of various aspects of Canadian competition policy and the Combines Investigation Act.⁷ Because some of that work is as yet unpublished, we wished to use the vehicle of this brief to bring it to the attention of the Committee in the hope it will be of assistance in the evaluation of Bill C-42.

Because of the pressure of time it was not possible to rewrite much of our research to have it fit the usual form of a brief for presentation to this Committee. Instead we have, particularly in Sections III, IV and V, set out rather tersely our concerns with Bill C-42 and then attached a longer paper in support of our position.

If it would be of assistance to the Committee, we would be pleased to give testimony in conjunction with this brief.

The usual caveat applies. We speak for ourselves alone. No responsibility for what appears in the brief should rest with other than the authors.

Section I: Footnotes

1. Economic Council of Canada, Interim Report on Competition Policy, Ottawa, Queen's Printer, 1969, p. 8.
2. Robert J. Bertrand, "The Combines Investigation Act: What Does Competition Mean?" Canadian Business Review, Vol. 4, No. 1, 1977, p. 45.
3. Interim Report on Competition Policy, p. 11.
4. Adam Smith, The Wealth of Nations, 1776, Book IV, Chapter III.
5. Ibid.
6. Milton Moore, How Much Price Competition? Montreal, McGill-Queen's Press, 1970, p. 131.
7. See:
 - W. T. Stanbury, assisted by C. St. Clair and K. Olcen, "Anti-Combines Law and Policy in Canada, 1888-1975: A Bibliography" Canadian Business Law Journal, Vol. 1, No. 3, August 1976, pp. 352-374.
 - W. T. Stanbury, "Penalties and Remedies Under the Combines Investigation Act, 1889-1976", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 14, No. 3, 1976, pp. 571-631.
 - W. T. Stanbury, "Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No. 1, 1977, pp. 1-50.
 - W. T. Stanbury and G. B. Reschenthaler, "Oligopoly and Conscious Parallelism: Theory, Policy and the Canadian Cases", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No. 3, 1977 (forthcoming).
 - G. B. Reschenthaler and W. T. Stanbury "Benign Monopoly: Canadian Merger Policy and the K. C. Irving Case", Canadian Business Law Journal, 1977, (forthcoming).
 - W. T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977.
 - Paul K. Gorecki and W. T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement" a paper presented at the National Conference on Competition Policy sponsored by the University of Toronto, Toronto, May 12 and 13, 1977.
 - W. T. Stanbury et al. "A Consumer's Guide to Competition Policy" special insert in Canadian Consumer, Vol. 7, July-August 1977 (forthcoming).

II. SPECIALIZATION AGREEMENTS, EXPORT AGREEMENTS, INTERLOCKING MANAGEMENT, REGULATED INDUSTRIES

Specialization Agreements: Section 31.76

Agreements which allow firms to increase their efficiency by individually specializing production and then supplying each other will be permitted.

The purpose of permitting specialization agreements is to assist Canadian industry to overcome problems of scale and specialization. In part, these problems account for output per man hour in Canadian manufacturing being twenty-five percent less than in the United States¹ and for Canada's relatively poor performance in exporting manufactured goods.²

The new Competition Board must approve and register such agreements. It may make approval contingent upon the reduction of trade barriers or upon some other irreversible act. Presumably, this will insure that some of the benefits are passed on to consumers; however, there is no requirement that a substantial portion of the gains be passed.

In many industries production costs decline as the size of production plant increases. In most industries there is an optimal size or a variety of sizes at which the costs of production are at the lowest possible levels. In some industries such as automobile assembly, the scale is very large; in others, such as furniture manufacturing, the most efficient size is relatively small.³

Unfortunately, while specialization agreements promise many benefits for the consumer, they possess a potential for abuse. We are familiar with the case of the textile industry in which the government oversaw and approved extensive rationalization; unfortunately, consumers have seen few benefits. The failure of the industry to become competitive has resulted in the government introducing quotas which have raised the prices on less expensive lines of clothing substantially.⁴

Another example of the potential for such arrangements to go askew is found in the experience with the Canadian appliance industry. In early 1976 reports emerged from the federal government that a rationalization agreement was being considered which would have seen a partnership of Electrohome, Westinghouse, General Electric and the G.S.W. companies. Under the proposed scheme Electrohome would assemble television sets for the four; G.S.W. would produce heavy appliances; General Electric would produce light appliances and

Westinghouse would be shut down. The arrangement was to be phased in over a three year period. Thereafter, all tariffs were to be phased out over a five year period. What actually emerged is a new company composed of G.E., G.S.W. and Westinghouse. The industry has been rationalized; unfortunately, the envisioned elimination of tariffs which would have assured consumers substantial benefits of the rationalization, has been quietly forgotten.

From the consumer's standpoint the weak links in the proposal are found in the possibility that the Competition Board will not insist on adequate reductions in tariffs, that Cabinet will not approve the reductions ordered, and that at a later date Cabinet might increase the tariffs or introduce quotas.

We recommend that the proposals be revised to provide assurance that tariffs will be reduced or other steps taken to insure that a substantial portion of the benefits are passed on to the consumer. We also recommend that provision be made for effective monitoring of such agreements.

Export Agreements: Section 32.4

Certain export agreements have been exempt from prosecution since 1960 (S.32(4)). The theory behind the exemption is first that there is little to be gained from a Canadian viewpoint by having Canadian firms undercutting each other in competition for sales in foreign markets. Second, the agreements may provide better delivery guarantees to hesitant foreign buyers. Third, they may result in Canadian goods being sold in more foreign markets.

The existing Combines Investigation Act does not allow the exemption for an export agreement if: the agreement reduces the volume of exports; is likely to injure the business of a domestic competitor; prevents someone else from exporting from Canada; or unduly lessens competition at home. Though there have been no prosecutions under this section, business has apparently expressed concern that it is drawn too narrowly and restricts opportunities for export agreements.

The proposed revisions (S.32.4 & 5) will broaden the exemptions. For instance, an exemption will now be invalid if the export agreement adversely affects the value as opposed to the volume of exports. Volume is related to a physical measure of output while value is a revenue measure. In effect, attainment of maximum revenue from sales abroad is to take precedence over

the direct stimulation of employment via sales abroad. Therefore, these agreements may result in higher prices, fewer units sold and less employment provided total receipts-value-rise. This is a particularly curious philosophy at a time of high unemployment and a time when there is a need to increase the physical volume of sales to permit the attainment of scale and specialization in industry.

Another section provides that an export agreement having an incidental but unintended effect upon domestic prices will not be disqualified for that reason alone. Except for the case of a domestic shortage related to strong export demand, it is difficult to conceive of what is meant by incidental. Some clarification of this section is needed if consumers are to be adequately protected.

It is understandable that the government should be concerned about the development of export markets. Recent weakness in the price of the Canadian dollar in part reflects the dismal performance of Canadians in exporting manufactured goods. However, from a consumer standpoint, we should tread very softly in this area. In the first place, it should not be assumed in very many instances that firms which would otherwise be competitors will be more vigorous collectively in pursuing foreign business than they would be individually. Additionally, it strains the imagination of the consumer to believe that competitors are likely to develop joint plans for exploiting foreign markets without realizing that it could be in their interests to limit competition in the home market.

We recommend redrafting this particular section to insure that proposed arrangements are essential for the development of sales abroad. Even then, they should be viewed with a wary eye. American experience with a similar law (Webb-Pomerene Act) has revealed that less than ten percent of exports typically are made through such arrangements.⁵ However, the agreements tend to be most common among large firms selling standardized products in industries with few competitors. It is in these industries that the greatest potential for domestic abuse is found.

We recommend that the term volume, which is in the existing law, be retained along with the term value. We also recommend that the law should specify what is meant by incidental in the context of this section.

Interlocking Management: Section 31.75

Bill C-42 will prohibit a single individual holding a position on the Board of Directors of one company and serving either as a manager or on the Board of a competing company if such an interlock is likely to lead to a substantial lessening of competition (S.31.75).

In drafting this section, the government apparently followed the advice of the Skeoch-McDonald Report⁶ in which it was argued that there is such a shortage of senior managerial talent in Canada that permitting interlocking directorships is desirable. However, accepting that there is a shortage, it is doubtful that the shortage is so severe that in any given industry that multiple directorships are necessary particularly among direct competitors.

Most businessmen will not serve on boards of competing companies; they perceive a fundamental conflict of interest. For example, assume a person serves on the boards of both Ford and Chrysler. In approving a marketing program for Chrysler the director is very likely voting for a policy which if successful will have an adverse effect on the profits of Ford stockholders who he also serves. The conflict of interest is inescapable.

Let us consider for a moment the extremely unlikely possibility that the best marketing decisions for one firm also will be in the best interest of its competitors. From the consumer standpoint, we may be confident that these best corporate policies will not call for lower prices or more intense competition. Companies also may make "independent" decisions not to compete in some markets. Consumer choice will likely decline with the reduction in the number of potential sellers in each market. In general, competition will be blunted as industry profit maximizing prices are selected. The consumer is very likely to lose, and there is little reason to expect improvements in economic efficiency.

It is sometimes argued that the role of board members is passive in large widely held corporations. The board of directors is viewed in this context as little more than a rubber stamp for management. The conflicts of interest, therefore, are presumed to be unimportant. In fact, very little data is available to support this passivity thesis.⁷ Even if valid, the potential for abuse and conflict of interest remains. Of course, if the passive board member theory is correct, then the argument that management interlocks are necessary due to a shortage of qualified management loses all of its force.

Another type of management interlock is not considered in the proposals. That type of interlock sees members of the boards of directors of competing companies serving jointly on the board of a non-competing company. For example, individual A may sit on the board of Chrysler and individual B may sit on the board of Ford. Both A and B may sit on the board of a chartered bank. These types of second level interlocks are common in Canada.

Second level interlocks present a needless opportunity for abuse. These two directors have a ready made place and ample opportunity to discuss the common interests of the competing companies. Theoretically, there is nothing in the law to preclude all competitors in an industry from having common members with a single company outside the industry. While there is potential for abuse in these second level interlocks, there is unlikely to be any significant gains in efficiency from them, and, from the consumers standpoint, they are best prohibited.

As drafted, the section (S.31.75) promises to be ineffectual. Since the law does not recognize an obvious potential for abuse, it appears that the Board will have great difficulty identifying those situations where competition is likely to be substantially affected. An interlock likely will be prohibited only following detection of another offence. The Board will require a monopolistic pattern of behavior or evidence of a formal price fixing conspiracy in addition to the interlock.

Given the cost-benefit type of analysis which the proposals invite for measuring the desirability of corporate behavior, we would seem to have in interlocks behavior which promises only costs for the consumer, no improvement in efficiency and no economic benefits for the public generally.

In summary, it is desirable to have this section revised to address some of the problems which we have raised. We recommend that the section be amended to provide that no officer, director, or employee of one firm may serve as an officer, director, or employee of another firm where a price fixing agreement or any other type of contract between the firms would violate any provision of the Competition Act; or where the combined market shares of the firms exceed twenty percent; or where one firm is a principle customer of the other. We also recommend that the section should be amended to prevent second level interlocks where first level interlocks would be illegal.

Regulated Industries: Sections 4.5, 4.6, 27.1

Recent years have witnessed a dramatic expansion in the role of government as a regulator in the economy. In Canada, regulatory agencies directly affect the prices of a wide range of products and services purchased by consumers. The industries affected include: transportation, communications, finance, insurance, energy, radio and television, securities, textiles, clothing and agriculture, to mention a few.

Over the last decade economists and practitioners have expressed concern that in many of these industries regulation has either outlived its usefulness or is more extensive than is economically desirable.⁸ In many cases, regulated firms have found regulation to be preferable to competition.⁹ In some of these industries, a reasonable case can be made for deregulation and the introduction of competition. The new legislation provides a vehicle to permit this case to be made where appropriate.

The new legislation will permit the Competition Policy Advocate to intervene on his own initiative whenever the maintenance or introduction of competition is, or should be, under consideration by any federal regulatory agency (S.27.1). Under the 1975 amendments, the Director of Investigation and Research was, for the first time, allowed to appear before federal regulatory agencies. That role will now be assumed by the Competition Policy Advocate. However, the proposed revisions will permit the Competition Policy Advocate to assume a much expanded role; he will be allowed the rights of participation equal to any other party.

In addition, the new legislation will more clearly define the relationship between regulatory statutes and the competition policy legislation.

Regulated companies receive some new protections under these reforms since activities which they engage in which are specifically required or permitted by a public regulatory agency will be exempt from the scope of the act provided the regulatory agency's members are not appointed by the persons being regulated as is the case in some provincial marketing boards.

The provisions of Bill C-42 also do not apply if they will interfere with the attainment of the primary objectives of regulation. Federal regulatory agencies are to be required to achieve their objectives in a manner least restrictive of competition. Failure to do so would be grounds for an appeal against a decision of the agency by the Competition Policy Advocate.

While providing these additional protections to firms in regulated industries, the proposals will strengthen the position of the Competition Policy Advocate before federal regulatory agencies. He will be authorized to appear whenever any aspect of competition policy is involved and argue the case for de-regulation.

It will be some time before the full impact of this reform can be determined. Most legislation creating regulatory agencies is phrased in such a general way that the agencies have wide discretion in determining types of behavior consistent with their goals. In most instances the enabling legislation provides at least indirectly for promotion of the health of the regulated industry. Most boards may simply find that competition is inimical to the health of the regulated firms and direct the Competition Policy Advocate to peddle his doctrine elsewhere. In practice, they will probably be more politically astute; let him have his say and ignore him. In either case, the complexity and scope of regulated industries will demand that the advocate be provided with substantial resources if he is to be an effective intervenor.

We are concerned that the office of the Competition Policy Advocate, in setting priorities after it encounters early failure with the regulatory agencies, will cease to place a high priority in budget and manpower in this area. We believe the presence of the Competition Policy Advocate is important, but it must not be allowed to become a sham that lulls the public into a false belief that it is being effectively represented if, indeed, it is not.

Nevertheless, the reform is a useful first step. It brings public recognition to a fundamental problem in regulated industries. That problem is that in many instances economic regulation of private and crown corporations has either outlived its usefulness and become an instrument of economic protectionism or serves the interest of special client-customer classes by facilitating cross-subsidization.

The public should appreciate the very limited nature of the proposed role of the Competition Policy Advocate. He will not perform most of the functions currently performed by the Consumers Association of Canada's attorneys under the C.A.C.'s Regulated Industries Program. He will complement those functions.

The proposals have value in that regulatory conduct is statutorily defined and the agencies now will be required to identify their primary objectives. Unfortunately, the legislation creating most regulatory

agencies is drawn in such general terms that identifying primary objectives may involve precluding the application of competition policy to some of the most important areas.

We recommend that the Committee support the proposed revisions respecting regulatory agencies. However, we recommend that in conformity with this Bill, that all federal regulatory agencies be required within a specified period of time following proclamation of this section to produce a statement detailing those objectives which they consider primary. This should provide the Competition Policy Advocate with a useful guide upon which to plan interventions.

Section II: Footnotes

1. Paul K. Gorecki, Economics of Scale and Efficient Plant Size in Canadian Manufacturing Industries, (Ottawa: Department of Consumer and Corporate Affairs, 1976).
2. Statistics Canada, Summary of External Trade, (monthly), also: "Trade Gap Shows Our R&D Status", Financial Post, April 26, 1975.
3. See Gorecki, op.cit. and F. M. Scherer, The Economics of Multi-Plant Operation: An International Comparison Study, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975).
4. C. Pestieau, The Canadian Textile Policy: A Sectoral Trade Adjustment Strategy (Montreal: C.D. Howe Research Institute, 1976), and also L. A. Skeoch and B. C. McDonald, Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy (Ottawa: Supply and Services Canada, 1976), p. 174.
5. Federal Trade Commission, Economic Report Webb Pomerene Associations: A 50 Year Review (Washington, D.C.: U.S. G.P.O., 1967).
6. Skeoch and McDonald, op.cit., pp. 190-194.
7. Wallace Clement, The Canadian Corporate Elite (Toronto: McClelland and Stewart, 1975) and Peter Newman, The Canadian Establishment, (Toronto: McClelland and Stewart, 1975).
8. G. B. Reschenthaler, "Regulatory Failure and Competition", Canadian Public Administration, Vol. 19, No. 3, (Fall, 1976), pp. 466-486. See also K. R. Ruppenthal and W. T. Stanbury (eds.) Transportation Policy: Regulation, Competition and the Public Interest, Vancouver, Centre for Transportation Studies, 1976.

III. CLASS AND SUBSTITUTE ACTIONS: Section 39

Section 39 provides for the initiation of class and substitute actions. Actions may be brought by individuals for actual damages, or substitute actions may be brought by the Competition Policy Advocate under special circumstances. Claims may be made for actual damages with reasonable solicitor-client fees having a first claim on the settlement. The defendant corporation or individual has no claim to legal costs. In substitute actions, any settlement is paid to general revenue.

Problems arise with effective application of this proposal due to the rules of most provincial law societies which severely limit the ability of lawyers to take cases on a contingency basis. As a consequence, access to the courts is very effectively limited in the anti-combines field for small businessmen, individuals with low incomes, and consumers in general. This is particularly the case where the law provides only for actual damages.

Of particular concern to us is the fact that the proposed section is very ambiguous about what constitutes necessary notice to members of a class that an action is to be taken and who should bear the cost of the notice. Very substantial clarification is necessary on both of these topics - form of notice and financial liability for notice - if the problems encountered with class actions in the U.S. are to be avoided. These are not questions which can be left to the courts to decide since they are crucial to the effectiveness of the entire section.

We also recommend that in the case of class actions that provision be made for double damages given the special burden and barrier presented by the absence of a contingency fee system. We note that the provision of double damages involves a considerably lighter penalty than the triple damage provisions of American law. We also note that only a very small fraction of Canadian businessmen are likely to ever face a class action since the overwhelming majority will not violate the provisions of the law.

If the court turns down an application for a class action just because it is not manageable, the Competition Policy Advocate can launch a substitute class action. The court's job is then to determine the minimum amount of money to which the class members would have been entitled if a successful class action had gone ahead. If that sum is "substantial", the defendant has to pay the money to the Advocate, who turns it over to the federal government's general revenues. The class members get nothing, but each one--except those who have formally excluded themselves from the substitute action--is bound by the judgment.

The rationale for substitute class actions is the same as it is for ordinary class actions: to prevent a firm from getting rich unjustly and to deter other would-be offenders. For that reason, the Advocate will not be able to collect damages if the defendant has already been convicted under the Act for the same offence. That is a peculiar provision. It can be justified only in cases where the defendant has been fined an amount at least equal to his illegal gains. If his profits from the rip-off are greater than the fine, he gains.

Such a complex procedure may sound like a formidable barrier to taking action against a firm, but the consumer does have one advantage. If the defendant has already been convicted of a criminal offence under the Act, the plaintiff in a class action can use that conviction in court as proof of both the offence and of its effect on the class members. That will save the plaintiff the high cost of assembling evidence. As well, the defendant may have to pay all the legal costs of the class action. In this kind of case though, he probably wouldn't bother to contest the action. But the plaintiff will still have to go through the preliminary court hearing to launch the class action.

If a group of consumers win a class action, the person who represented the class as plaintiff has first call on the money awarded. The court will decide how much he is entitled to for reasonable legal costs. That means that class actions under the Act cannot be handled by lawyer on a contingent fee basis. If the plaintiff has been put to the additional expense of investigating the claims he was making, he is out of luck. He cannot recover them. If he had sued on his own behalf, though, he would have been entitled to full recovery of such costs.

All in all, it looks as if the government has erred on the side of caution. Bill C-42 tries to ensure that legitimate business enterprises are not harrassed by consumer claims involving insignificant violations. As a result, the bill places an onerous burden of time and expense on a plaintiff to satisfy the court that a class action has merit. In fact, the government will effectively be able to control class actions because consumers will only bring class actions against firms which have already been prosecuted by the government for violating the Act. Any consumer with a substantial claim would be better off to avoid the hassle of a class action. He should sue on his own behalf; that way, he can recover all his costs if he wins, including the costs of investigation.

More specifically, there are several weaknesses with the bill. First, it has not resolved adequately the problem of manageability. The Competition Policy Advocate can launch a substitute action only if the courts have blocked a consumer class action because it would be unmanageable. But the plaintiff has to pay the costs of that failure. If it is fairly obvious his attempt is going to fail, why should he even bother to try? If the Advocate picks up the ball, any compensation collected goes to the government. The bill could easily be changed to remove these obstacles without limiting the legitimate safeguards for business.

Second, because class actions are limited to offences under the Competition Act, the bill effectively restricts consumers to cases of misleading advertising or price-fixing. It would not help the rusty Ford owners (a class action recently settled) nor would it allow class actions for defective products under other federal laws like the Hazardous Products Act.

Third, the two-year limit on starting class actions appears too short. The time runs from either the date of the offence or the date when any legal proceedings--such as a criminal charge--ended. If a firm advertised that a roof would not leak for ten years, but in fact it leaked after three years, consumers could not bring a class action unless the government prosecuted the company for misleading advertising. A longer time-limit would help consumers. As it is, they have to count heavily on the government to protect their interests.

Fourth, there has been some concern over how the bill will ensure that class members receive notice of a class action. We won't know exactly what the notice provisions are until regulations are written after the bill has passed. If they say that each class member has to get notice by mail, the cost could become prohibitive if the class is very large.

Perhaps the strongest argument in support of the creation of the right of class actions is the historical record of inadequate penalties and remedies invoked under the Combines Investigation Act. To support this argument we present the following summary taken from a recent paper given by Professors Gorecki and Stanbury.¹

Penalties and Remedies Since 1889²

The current Combines Investigation Act and its predecessors have provided for a variety of potential penalties and remedies:

- (i) fines and imprisonment (available since 1889)
- (ii) reduction or removal of tariffs (available in the Customs Tariff Act of 1897, incorporated into the Combines Investigation Act in 1910).
- (iii) voiding or amending a patent or trademark or the terms of a licence (available since 1910)
- (iv) prohibition orders - either as the sole remedy (S.30(2)) or in addition to other remedies (both available since 1952)
- (v) structural remedies, i.e., dissolution of a merger or a monopoly (available since 1952)
- (vi) recovery of single damages in private civil actions (available since January, 1976)

In addition to these formal penalties, there is the informal remedy of publicity, on which MacKenzie King placed so much reliance and remnants of which can still be seen in the form of the appraisal and report function of the Restrictive Trade Practices Commission. Our discussion will focus on the level of fines and on the frequency of use of prohibition orders because in practice, these have been virtually the only penalties/remedies imposed by the courts. For example, only three individuals have been imprisoned as a result of a conviction for an offence under the Combines Investigation Act - all for misleading advertising. In fact, few individuals have been charged; the Crown has followed the practice, until very recently, of prosecuting individuals only if an incorporated entity did not exist or if an individual was the principal organizer of the conspiracy, i.e., a trade association executive. In only one case was a tariff changed directly as a result of a combines investigation or prosecution. The patent and trademark remedies have been used on only three occasions, but because the proceedings were so protracted, their use could hardly be described as a major victory for the Crown. The potentially strong remedy of dissolution in respect of a merger or monopoly has never been used. Finally, the potential of private civil suits for damages as a result of a combines offence has yet to be determined. The provision is only a little over a year old and perhaps subject to a constitutional test.

The Level of Fines

Just over twenty years ago, the fines in combines cases were aptly described by Rand J. in the Goodyear Tire and Rubber case where he stated, "The procedure of enforcement by conviction and fine has tended to exhibit a course of things bearing a close likeness to periodic licensing of illegality."³ He went on to warn that unless the sanctions under the Act were made more effective they would enable "self-commissioned lawlessness to set the will of Parliament at defiance."⁴ This was a case under Section 498(1)(d) of the Criminal Code in which accused pleaded guilty to a conspiracy involving the whole of Canada in industrial mechanical rubber goods over 17 years (1935-1952) and who could only be fined \$10,000. In the Ontario Court of Appeal, Roach J.A. stated that the combine "had complete control of the mechanical branch of the trade throughout the Dominion", that it was "exhaustive in its scope" and that "its manipulations were continued even after the indictment down to the opening date of the trial."⁵

From 1952 until January 1, 1976 there was no maximum on the level of fines which could be imposed in conspiracy cases when a maximum of \$1 million (for both individuals and corporations) was inserted as part of the Stage I amendments to give the judges "a figure to shoot at". Since 1952 there has been no limit on the potential fine for merger, monopoly, RPM or price discrimination/predatory pricing offences. Despite the lack of maxima the actual level of fines in Canadian combines cases has been low relative to the potential economic benefits likely to flow from illegal restraints of trade. Quite simply, "crime pays" in the area of combines offences. Historically, Canadian judges have railed against the perpetrators of price fixing schemes and other offences, but they have infrequently levied the maximum fine. During the period when fines were subject to statutory maxima (see Table 1) in only 36% of the conspiracy cases did the judge levy the maximum fine on one or more of the firms convicted.⁶

(i) fines in conspiracy cases

As can be seen in Table 1, from 1910 to 1952 the maximum fines that could be levied under the Criminal Code were less than one-half those available under the Combines Investigation Act. Yet with few exceptions, prosecutions for conspiracy were conducted under the Code. As we have discussed above the number of prosecutions was very small prior to the 1950's and the Crown's

Record of success less than it is today. Between 1889 and 1910 the average fine per firm (only one case involving two firms) was \$5,000 while that for individuals was \$269 - see Table 2. Between 1911 and 1925 there were no successful prosecutions. Between 1926 and 1942 forty-five firms in eight cases were fined an average of \$2,722. During the same period, 61 individuals in seven cases were fined an average of \$843. Following seven years in which there were no convictions, we find that the average fine per firm in the 1950's was \$7,046; the average per individual only \$564, a decline over the 1926-1942 period.

Although the statutory limit came off in 1952 it was not until 1960 that the largest fine imposed on a corporation rose to \$25,000. In 1966 the largest fine was raised to \$75,000. The average fine per convicted firm (152 in 21 cases) rose very little in the 1960's - to \$7,576; for individuals it was only \$944 and only nine individuals were convicted compared to 21 in the 1950's and 61 between 1926 and 1942.

The average fine per corporation between 1970 and 1975 was almost double that of the 1960's, but in absolute terms and in terms of the potential benefits of price fixing, rather small - \$13,758. If we eliminate two cases in which record fines were imposed, the average falls \$8,149, barely above that for the 1950's. The two cases in which record fines were imposed were the Armco⁷ and B.C. Cement⁸ cases. In the Armco case seven firms were fined a total of \$447,000 in 1974 with Armco Canada Ltd. being fined a record \$125,000 for a single charge. In the B.C. Cement case, which involved three separate, but related conspiracies, Ocean Construction Supplies was fined a total of \$220,000 including \$125,000 for a single count. Between 1970 and 1975 no individuals were convicted in a conspiracy case.

If we look at the entire period between 1889-1910 and 1970-1975 we find the average fine per corporation has increased 275%. During the same period the Consumer Price Index increased by 445% and the Wholesale Price Index increased by 720%.⁹ Therefore, in real terms the average level of fines has decreased. But the calculations implicitly assume that the level of fines between 1889 and 1910 is appropriate to ensure that crime does not pay and to act as a deterrent to other potential offenders. We submit this is not the case.

Very recently (April 13, 1977) in the Large Lamp case a new record for fines was established. Canadian General Electric was fined \$300,000, Westinghouse \$150,000 and GTE Sylvania was fined \$100,000.¹⁰ Although these appear to be large fines, they serve as an excellent illustration that combines crime pays in Canada. The conspiracy, according to the indictment, occurred over a period of 8 years and 8 months (Jan. 1/59 - Aug. 25/67). Jointly the three firms accounted for 90% of the sales of large electric lamps in Canada throughout the period. Between 1961 and 1967 the RTPC report on the case indicates sales of large lamps in Canada increased from \$30.9 million to \$50.4 million and totalled \$284 million over the seven year period.¹¹ Therefore a reasonable estimate of the three accused sales of large lamps during the period of the indictment would be $.9(284) = \$256$ millions. Suppose the three firms were able to increase prices by only one percent; the increase in profits before tax would be over \$2.5 million. Just over one-half this amount would be available after taxes, i.e., \$1.3 million. The fines totalled \$550,000 and are not tax deductible, but they will be paid 10 years after the end of the conspiracy. Since "time is money" we must either discount the fines back to 1967 or, alternatively, accumulate the benefits to 1977. If we do the former at 10% we find that the present value of the fines in 1967 shrinks to \$213,000. Following the axiom that the legal fees in Canadian combines cases will equal or exceed the fines, we will assume they equal the fines. However, these costs are tax deductible and will be borne in part by the victims of the conspiracy and other taxpayers. Therefore, legal fees of \$300,000 on an aftertax basis must also be discounted back to 1967; as such they would amount to \$116,000.

To sum up, we find that the net cost to the three convicted firms in present value terms at 1967 was \$329,000. If they were able to increase prices by only one percent their net benefits (received over the period 1959 through 1967) would amount to \$1.3 million. We would suggest that price fixing is generally a highly remunerative "investment". Further, it is hard to believe that the effect of the conspiracy was to increase prices by a mere one percent. According to our calculations, an increase of only one-quarter of one percent would make the scheme profitable.

Given this example, and many others we could cite, we continue to find the words of Mr. Justice Rand totally appropriate. The fines in Canadian

combines cases amount to the "periodic licencing of illegality". As long as the returns to price fixing are so high it is not surprising that rational, calculating businessmen will opt to fix prices rather than compete. Need we say that fines must be vastly increased.

(ii) fines in merger and monopoly cases

As we have noted in an earlier section of the paper convictions for merger and/or monopoly offences have been rare indeed. In only two cases have fines been levied. In the Eddy Match¹² case decided in 1951, five firms were fined an average of \$17,000, two the maximum of \$25,000 at the time under the Act. In 1970 the Electric Reduction Company pleaded guilty to merger and monopoly charges and was fined \$40,000.¹³ In that case Stark J. described the fines he levied as "lenient", for "there have not been very many of these cases brought before the Court and perhaps it is unfair to endeavour to fall at this time too heavily on this offender."¹⁴ The problem in this area of the law is more one of gross underenforcement and excessively restrictive interpretations of the judiciary rather than simply inadequate penalties and remedies.

(iii) fines in RPM/refusal to sell cases

As Table 2 indicates, the average fine in RPM cases has been increasing. Only three convictions followed by a fine were registered in the 1950's and the average fine was \$502. In one case it was only \$5.00. For the 11 cases in which fines were levied in the 1960's the average fine increased to \$1,550. In the period 1970-1975 the average trebled to \$4,953 based on 16 cases. As with price fixing cases a few RPM cases boosts the average. Of the 30 cases in which fines were levied between 1954 and 1975, only four accounted for one-half the total amount of fines imposed in all cases. The median fine was only \$1,500. In two-fifths of the cases the fine was \$1,000 or less.

RPM strongly discourages price competition. If perfectly successful it results in price fixing among sellers of a particular product. The effect of such schemes is often nationwide. The Black and Decker case illustrates the inadequacy of the current level of fines in such cases.

In December, 1974 Black and Decker was convicted of RPM and refusal to supply on two counts over the period September 30, 1966 to September 1, 1970. Evidence was presented indicating that the firm enjoyed 38% of the Canadian market for power tools for home and construction industry use in 1967. Upon a plea of guilty, Boland J. fined the firm \$5,000 on each of the two counts and issued a prohibition order. The Judge described the fine as, "a substantial penalty", and in setting it he stated that in establishing the penalty, "the protection of the public must be paramount."¹⁵ Given the millions of dollars of sales involved, it is hard to agree. Surely the total fine in this case, the second largest on record in RPM cases, cannot serve as a deterrent to Black & Decker. The potential benefits of RPM are simply too great to expect rational, profit-maximizing managers to not take the risk again.

The trend is the direction of higher fines. In two recent cases the fines totalled \$15,000 in each. In early 1976 the Hoover Company pleaded guilty to six charges under Section 38(2)(b) and was fined a total of \$21,000.¹⁶

(iv) fines in misleading advertising cases

With very few exceptions, the fines in misleading advertising cases have been miniscule. Of the 25 Section 36 cases decided between October 1970 and October 1971, in 18 the fine was \$200 or less. Of the 41 Section 37 cases during the same period, in 26 the fine was \$400 or less and in only two was it over \$1,000. For the period February 1972 to February 1973, in 16 of the 24 Section 36 cases the fine was \$200 or less. Of the 49 Section 37 cases in the same period, in 29 the fine was \$400 or less, in 7 it was between \$1,001 to \$3,000 and in two it was \$5,000 and \$10,000 respectively.

Table 3 gives the average fine for misleading advertising cases in 1973, 1974 and 1975. For Section 36 cases the average fine per case was \$229 in 1973 and it increased to \$296 in 1975. By almost any measure, these are very small fines. The average fine for Section 37 cases in 1973 was \$1,347, reflecting the fine of \$27,500 imposed in the Benson & Hedges case (the largest to date). In 1974 the average fine was \$1,160 and in 1975 it was \$1,081. The "profitability" of misleading advertising offences is hard to determine, but given the continuing rise in the number of prosecutions and convictions, it is hard to believe that the fines to date have deterred

such offences. Even if we take the case in which the largest fine was imposed, our analysis suggests it was more profitable to engage in misleading advertising and pay the fine than "play it straight".¹⁷

(v) fines in price discrimination cases

Only one conviction and fine has been recorded under S.34 and/or S.35 of the Combines Investigation Act. In R. v. Rubbermaid (Canada) Limited the company pleaded guilty to five counts under S.35, discriminatory promotional allowances, and was fined \$3,000 on each count. As we have noted above, the Crown obtained a Prohibition Order in one case under S.34(1)(b).

Prohibition Orders in Combines Cases

Since 1952 the Crown under S.31, now S. 30, has had the potential to obtain an Order prohibiting the repetition or continuation of an offence in addition to any other penalty or remedy imposed and it has had the potential (under S.30(2)) to obtain a Prohibition Order against a person who "has done, is about to do or is likely to do any act or thing constituting or directed toward the commission of an offence..." as the sole remedy. Not until 1963 did the Crown utilize the latter remedy.

Of the nine convictions in 1953 through 1955, the Crown obtained a fine and a short-form Prohibition Order in six and only a fine in the other three. Between 1956 and 1960 the Crown won convictions in 13 cases, in eight a fine and a short-term Prohibition Order was obtained, in four a fine and a detailed Order was obtained and in one case only a fine was levied.

Between 1960/61 and 1974/75 an Information was laid in 91 cases, of which 86 have been completed. Twenty-two of the 91 cases took the form of applications for a Prohibition Order only. In 20 the Crown succeeded, 13 of the Prohibition Orders were the short-form variety and seven were longer and more detailed.

Of the 69 regular prosecutions, convictions were obtained in 53 of the 64 completed cases. The results were as follows:

- fine only	10 cases
- Prohibition Order only	2 (1 short, 1 detailed)
- fine and short Prohibition Order	37
- fine and detailed Prohibition Order	<u>4</u>
	53

It is obvious that the most common penalty or remedy imposed throughout the 1960's and first half of the 1970's was a fine coupled with a short-form Prohibition Order. The efficacy of such orders is hard to determine. In two rather spectacular recent cases (Armco and Large Lamps) one or more of the defendants had been previously convicted, fined and made subject to a short-form Prohibition Order. With the right of private civil damage action for an offence or breach of an Order, the usefulness of such orders might increase. The Director should publish (and publicize) a list of all outstanding orders to permit consumers and business customers and competitors to assist him by both bringing complaints and by suing on their own behalf.

Imprisonment

No business executive of a large corporation has ever gone to jail for a combines offence. Of the three jail sentences handed out, two were of one day and one of twelve months.¹⁸ All were for misleading advertising offences by small businessmen. Since 1970 not one individual executive has been convicted of a price fixing, merger, monopoly, RPM or price discrimination. Very few have even been charged, although recently the Director has indicated he will try to induce the Department of Justice to lay charges against individuals.

After the decision and sentences in the B.C. Cement case, the Vancouver Sun commented, "why the Department of Justice should stay its hand in this regard is difficult to understand. If the objective of prosecution is to deter other possible conspirators, then jail is obviously more effective than a monetary penalty".¹⁹ Indeed!

The imprisonment of business executives would sharply increase the personal cost of committing combines offences. Because, as Geis has argued, "jail terms have a self-evident deterrent impact on corporate officials who belong to a social group that is exquisitely sensitive to status deprivation and censure",²⁰ we see them as having considerable potential in the area of combines offences.

Civil Remedies

Our review of both the enforcement of the Combines Investigation Act (in terms of the number of prosecutions) and the public law penalties and remedies as they have been applied in practice indicates to us that there is a potentially large and valuable role to be played by civil actions and civil

remedies. Based on the U.S. experience, even the availability of private treble damage suits may still not ensure that the perpetrators of combines offences do not economically benefit from their illegal activities.²¹ Yet we endorse the right of private actions for single damages as a step in the right direction. There is a second, and potentially very useful, civil remedy, that of class and representative actions. Where the criminal law penalties and public enforcement is less than satisfactory there is a strong case, a priori, for permitting class and representative actions as part of an effective competition policy.

Section III: Footnotes

1. Paul K. Gorecki and W. T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement", a paper presented at the National Conference on Competition Policy sponsored by the University of Toronto, Toronto, May 12 & 13, 1977.
2. This section is taken largely from W. T. Stanbury, "Penalties and Remedies Under the Combines Investigation Act, 1889-1976", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 14, No. 3, 1976, pp. 571-631.
3. (1956) 26 C.P.R. 1 at 3.
4. Ibid. at 3.
5. (1954) O.R. 377 at 396.
6. Stanbury, op.cit., p. 593.
7. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 6 O.R. (2d) 521; and 8 O.R. (2d) 573.
8. R. v. Ocean Construction Supplies Ltd. et al. (1974) 155 C.P.R. (2d) 224; (1975) 18 C.P.R. (2d) 166.
9. Stanbury, op.cit. Table 9, p. 631.
10. "3 light bulb firms fined a total of \$550,000 for price-fixing", Toronto Star, April 14, 1977, p. 12.
11. Restrictive Trade Practices Commission, Electric Large Lamps, Ottawa, Information Canada, 1971, Appendix A, p. 79.
12. (1954) 18 C.R. 357; 109 C.C.C.1; 20 C.P.R. 17.
13. (1970) 61 C.P.R. 235.
14. Ibid. at 238.
15. Globe and Mail, December 18, 1974, p. B-2.
16. Annual Report of the Director ... for 1975/76, p. 68.
17. Stanbury, op.cit. p. 602.
18. Stanbury, op.cit. p. 571 n. 3.
19. March 13, 1974, p. 4.
20. Cited in Stanbury, op.cit., p. 614.
21. See Stanbury, op.cit., n. 153 the references to Erickson, Wheeler and Parker.

IV. JOINT MONOPOLIZATION

Section 31.73 of Bill C-42 provides that the Competition Policy Advocate may seek an order prohibiting joint monopolization from the Competition Board. At first reading it would appear that S.31.73 is aimed at the very difficult competition policy problem of conscious parallelism. Certainly S.31.73(3) buttresses this view, for it provides:

For the purposes of this section, a small number of persons may be found to have been engaging in joint monopolization notwithstanding that the parallel policies or matching conducted adopted by them was based on nothing more than a mutual recognition of their interdependence and that there is no agreement or arrangement between or among them.

In fact, S.31.73 cannot, in our view, be used to successfully attack the kind of behaviour exhibited in the recent conscious parallelism cases brought before the Canadian courts which we discuss below. We say this because S.31.73 appears to require the existence of three elements before an adverse finding can be made by the Competition Board i.e.

The Advocate must show that a small number of firms (not affiliated) (i) have achieved or are seeking to achieve substantial control of an industry or market, (ii) are doing so by the adoption of closely parallel policies or matching conduct, and (iii) that these policies or conduct have the effect of restricting entry, foreclosing a competitor's outlets or sources of supply, eliminating a competitor by predatory pricing, coercing a competitor or restraining economic activity in some other way.

As we read S.31.73(1) all three elements must be present. The most difficult one to prove will be (iii) - evidence of specific adverse economic effects flowing from (i) and (ii). We are confident, based on business' demonstrated capacity to obtain favourable amendments in the Stage I legislation, that the "catch all" clause, S.31.73(1)(3) will be eliminated. As a result it will be extremely difficult to use S.31.73 to attack the most common cases of conscious parallelism. It is hard to see how S.31.73 could have been used successfully in the Canada Cement Lafarge, Alcan, Armco, or Large Lamp cases described below.

In the case of the latest Atlantic Sugar case it might have been possible to show that one or more of the big three refiners actions with respect to Cartier Sugar, constituted an adverse effect contemplated in 31.73(1)(a), (d) or (e). [See the letter and voluminous attachments sent to the Hon. E. J. Benson, Minister of Finance, by Robin W. M. Austin, December 11, 1970].

Some of the more subtle, but nevertheless very important, effects of parallel pricing are not indicated in 31.73(1). These are discussed very well in: The Monopolies Commission, Parallel Pricing: A Report on the General Effect on the Public Interest of the Practice of Parallel Pricing (London, HMSO, July 1973). The report identifies four areas in which "substantial public interest areas are raised": excessive profits (pp. 23-26), excessive costs (pp. 26-28), technical progressiveness (pp. 28-30) and inflationary pressures (pp. 30-33). We believe it is useful to quote the report's summaries with respect to the first two issues:

Summarising, we would most expect parallel pricing to lead to excessive profits where the practice is adopted by a group of sellers of a relatively standardised product in a highly concentrated industry protected by entry and other barriers against new and overseas competition and with limited opportunities for concealed competition in discounts and other variations from published prices. In these circumstances parallel pricing may well operate against the public interest by producing excessive profits. Where these circumstances do not prevail, sellers may be less able to practise highly co-ordinated parallel pricing on a regular basis and profits may approximate closer to the competitive level. (p. 26)

Summing up, the practice of parallel pricing may have three sorts of consequences as far as efficiency and costs are concerned. Firstly, the oligopolistic structure which stimulates the co-ordination of pricing policies implicit in parallelism may encourage an excessive level of advertising and similar non-production costs. Secondly, the restriction of price competition implicit in parallel pricing may retard the process by which the more efficient sellers are able to expand their share of the market. Thirdly, the general blunting of the forces of competition may reduce pressures on all sellers, including those with the lowest costs, to maintain the highest degree of efficiency. (p. 28)

The report's conclusions with respect to technical progressiveness and inflationary pressures are less clear-cut. "Parallel pricing does not appear to have unambiguous effects on incentives to prosecute technical changes although on a priori grounds there is at least the possibility that incentives are weakened in practice". (p. 36) "Parallel pricing may not be the cause of inflation. But it is a practice which may sustain or accelerate the inflationary process". (p. 37)

We recognize there is no easy "solution" to the problem of closely coordinated oligopoly behaviour. If we were to declare cases of conscious parallelism to be equivalent of traditional conspiracies we would find convictions easy and plentiful given the oligopolistic structure of Canadian industry. But that still begs the question of what constitutes an appropriate remedy. Fines will be ineffective (firms will simply seek to disguise their closely coordinated behaviour and may expose themselves to a charge of conspiracy) and dissolution or divestiture to create a larger number of competitors is sharply constrained by the need to achieve economies of scale.

In the paper that follows we advocate that since many cases of conscious parallelism are accompanied by the use of one or more of a variety of devices to coordinate the firms behaviour, public policy should strike at these "plus factors". The Monopolies Commission report on parallel pricing observes, "the crucial fact which the sellers must face when each has a significant share of the market is that the decisions of all sellers in the industry are interdependent, but information about rival sellers' intentions is imperfect". (p. 6, emphasis added). The "plus factors" generally serve to facilitate non-collusive information transfers among the firms. We believe that a public policy which consistently hits at the props of oligopolistic coordination has a good chance of helping price competition to "break out" and of lowering the average level of prices, profits and costs in oligopolies. As it stands, if our interpretation is correct, S.31.73 will not provide the Competition Policy Advocate with a weapon suitable to successfully attack the widespread incidence of conscious parallelism.

OLIGOPOLY AND CONSCIOUS PARALLELISM: THEORY, POLICY
AND THE CANADIAN CASES

by

W. T. Stanbury
Associate Professor
Faculty of Commerce and
Business Administration
University of British Columbia
Vancouver, B.C.

G. B. Reschenthaler
Associate Professor
Faculty of Business
Administration and Commerce
University of Alberta
Edmonton, Alberta

A revised version of this paper will be published
in the Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No. 3,
December 1977.

"The nature of modern markets dictates certain parallel conduct areas among oligopolists, irrespective of law, of the existence of conspiracies or of business intent" - Richard E. Low, Modern Economic Organization, (Homewood Illinois, R. D. Irwin, 1970) p. 255.

"A complete generation of economists has pointed out the idiocy of the charge of conscious parallelism." - Martin Shubik, Strategy and Market Structure, (New York, John Wiley & Sons, 1959) pp. 285-286.

I. Introduction

One of the most perplexing problems in anti-combines enforcement and in the general area of public policy toward industrial concentration is found in the behaviour of industries in which a relatively small number of firms account for a large portion of output and develop a strong bond of mutual dependence. In such closely coordinated oligopolies both the interfirm behaviour and economic performance may deviate significantly from that expected under competitive market conditions where firms in such oligopolies are able to act upon their interdependence.

If the firms are selling a relatively undifferentiated product, as in the case of the steel industry, it is likely that all firms will charge almost the same prices or set a schedule of prices which reflect differences in value of services provided including intangible services such as provision of a dependable source of supply. Little price deviation is expected. No firm will attempt to charge more than the established industry price since under normal circumstances no customers will pay the higher price. Producers will be discouraged from charging less by an awareness that major competitors faced with the threat of market share erosion will immediately match the lower prices. As Donald Eldon points out, "the simple awareness of the probable actions of competitors ... tend[s] to limit price competition in markets of a few sellers."¹ This type of industrial structure will normally produce identical list prices and virtually identical transactions prices. Price adjustments upward may occur almost simultaneously; entirely without the need of a formal agreement.

On the other hand in industries in which a large number of firms compete but where the four largest firms account for (perhaps) less than

one-half total sales, informal or tacit agreements by competitors on parallel courses of action are complicated by greater inducements for individual firms to pursue independent profit maximizing pricing and production policies. In such situations more formal arrangements are usually necessary to provide assurance that participants in the agreement abide by it. Such express agreements are susceptible to attack under existing anti-combines legislation. Formal meetings and/or the exchange of documents are likely to be involved; these are the elements usually relied upon to prove the existence of a criminal conspiracy. Where an express agreement is not found, it may be possible from the circumstantial evidence to infer a tacit agreement and hence convict the participants under the conspiracy provisions of competition policy legislation.

However, some of the most serious cases involving the joint exercise of market power by a small number of firms involve "arrangements" which do not constitute agreements within the definition of a criminal conspiracy. This is the problem of conscious parallelism in which the behaviour of the leading firms in an oligopoly is closely coordinated without collusion or agreement.

Milton Moore defines the conundrum for competition policy when he states:

The key assumption in the analysis of their behaviour is that most oligopolies engage in conventional pricing practices that are indistinguishable from the tacit collusion that is almost universally disapproved.²

Moore then points out:

Formal collusion is susceptible to regulation, but conscious parallel action is extremely difficult to detect and even more difficult to prove, and it is impossible to prevent independent action on the recognition of mutual dependence. But the effects of all three are similar.³

While the practice of conscious parallelism may be devoid of predatory content and all the customary elements of a formal or even tacit agreement as defined by the courts, the economic effects may be just as pernicious as those associated with the more traditional price or market conspiracy. Prices may be maintained, over considerable periods of time, at a level significantly above those which would result from competitive conditions.⁴ Innovation and technological change may be inhibited or introduced at a slower rate. Excess

capacity may continue to exist indefinitely, not only constituting a burden to the consumer's of the industry's output, but also acting as a barrier to entry to new competitors. In addition, conscious parallelism may have the effect of shifting the major firms' cost curves upwards due to inefficiency in production and distribution because of the absence of competitive pressures to be efficient. While excess profits constitute a transfer from consumers to producers and do not involve a social loss, inefficiency involves a waste of valuable resources and a loss to society as a whole.

This paper examines the problem that conscious parallelism presents for competition policy. In the Section II of the paper we examine the economic theory relating to conscious parallelism and in Section III we briefly describe the U.S. jurisprudence as it relates to this issue. Section IV is devoted to a detailed review of the Canadian combines cases in which conscious parallelism has been a significant issue. Here we try to knit together economic theory, the law and the problem of public policy toward closely-coordinated oligopoly. In the concluding section (V) we discuss briefly some policy alternatives for dealing with conscious parallelism.

II. Economic Aspects of Conscious Parallelism

When the size distribution of firms in an industry is such that an absolutely small number account for a relatively high proportion of industry sales, assets, employment or value added, individual firm behaviour is constrained by each firm's need to be sensitive to the interdependence of its interest and that of the group. The actions of a single firm can no longer be viewed in isolation. The impact of its pricing and distribution policies is of such a magnitude that other firms in the industry can be expected to readily react to its marketing initiatives. In such a situation of mutual dependence firms may begin to adopt parallel policies independently.⁵ Within limits, they may match price initiatives of each other. One rival will not initiate a price increase unless he expects others to match; failure of others to match price initiatives will almost certainly result in prompt suspension of the price increase by the initiating firm.

Before a firm initiates a price increase it may communicate informally with other producers. An example of this type of parallelism may be found in independent statements by executives of various companies in a market to the

media or to trade groups pointing out the need for price increases. Often such statements are phrased in terms of the pressure of rising costs and may coincide with new wage settlements in the industry. If there is no dissenting statement one of the firms may proceed to initiate the price increase. If the others do not follow the initiating firm will be compelled by the threat of the erosion of its market share to drop back to previous price lists.

In industries in which conscious parallelism occurs, what we observe is the sharing of dominant power. The attitude that this shared dominance inculcates is reflected in the report on the breakfast cereals industry by the British Monopolies Commission. It describes the behaviour of firms in the cereal industry as follows:

. . . . about 90 percent of the market is in the hands of three manufacturers Any significant reduction (or failure to follow a general increase) in prices would therefore be seen by a manufacturer as likely to be matched by his competitors, since they would not be able to risk the consequences of having their own prices too far out of line. Thus, the manufacturers would see the result of price competition as a lower general level of prices with no competitive advantage to any of them. We think that manufacturers recognize that price competition can be easily matched, whereas other forms of competition (for example, a successful advertising campaign) may be less easy to match. We consider that fear of competition, and the recognition that it is dangerous to embark on, arise from the fact that supply to so large a proportion of the market is concentrated in so small a number of manufacturers. We believe that this fear is a major factor leading manufacturers to find ways of competing otherwise than in price.⁶

The dilemma for anti-combines enforcement is that the parallel behaviour which is witnessed when all the firms in an industry announce identical price changes within a short period of time may be a reflection of a formal conspiracy, or it may simply reflect a series of independent decisions in the market. For example, costs of materials may have risen for all firms in an industry by such a magnitude that a price increase is necessary if a competitive profit is to be maintained. All firms are aware that costs have risen and a price increase is necessary. One firm announces a price increase; all others follow the lead and raise their prices keeping in mind that if they are selling substantially similar products that their prices must be the same or very close. No conspiracy in the legal sense has occurred. Each firm has made

its own decision, but it has done so facing a common motivating factor and fully aware of the interdependence of the major firms in the market. On the other hand, the process may only be a facade for the firms in the industry to maintain supra competitive prices with the announcement of increased costs as a coordinating device.

On the evidence, in this example, there is no assurance of which is the correct interpretation. How is the policy maker to deal with the problem? Discussions of conscious parallelism usually stress that the situation is impossible for the antitrust authorities to attack because each firm has acted independently and there is no evidence of an agreement in the legal sense. Put more strongly, it is argued that there is not even a tacit agreement and put most strongly, it is argued that one cannot even infer a tacit agreement from the existence of conscious parallelism. But we must examine the meaning of the concept each firm acting independently in the context of an oligopoly. At least two quite different meanings come to mind: (1) Each firm makes the best decision it can taking full account of the firm's context without any attempt to communicate with other members of the industry, (2) Each firm makes the best decision it can without reference to its context of interdependence. But isn't this proposition a non sequitur in the case of an oligopoly. It depends on what we mean by "independent". Among the dictionary definitions are the following: "not subject to the authority of another; autonomous; self determining; not dependent on or part of some large group [or] system; not affected or influenced in action, opinion etc. ..." ⁷ The essence of an oligopoly is that the number of firms is sufficiently few that they are mutually dependent; a change in the price or output of any firm has a detectable effect upon all the firms in the relevant market. Plainly, if an oligopolist is going to exist over time he cannot be "self-determining" or "autonomous". He is, in fact, dependent on and is part of some larger group or system. He is affected by and influenced in his choice of action by others, namely the other members of the industry.

We conclude that in the context of an oligopoly "independent" behaviour by the individual firms can only mean that they make their decisions without any attempt to communicate (except by their actions, which of course contain information) with other firms in the industry. To ask an oligopolist to behave independently in the sense of not taking into account the actions and reactions of his competitors, i.e. meaning (2), is to ask him to behave irrationally.

To prohibit oligopolists from matching the prices of rivals is to significantly revise the established rules of the market place. It would not necessarily mean utter chaos, but would not be likely to lead to the elimination of parallel behaviour. Injunctions (i.e. prohibition orders) may be exceedingly difficult to enforce whether standardized or differentiated products are involved. To prohibit the firms from charging identical prices in an industry in which the product and service being sold is essentially undifferentiated may simply cause firms to adopt insignificant price spreads which may be offset by marginal service differentials.

In industries in which a standardized product is sold buyers will often try to ignore list prices, but in most cases the quoted off-list prices also turn out to be identical. This may occur because of instructions from sales representatives of major companies to customers to contact them for a new price quotation before buying at lower prices quoted by a competitor. In either case, to prohibit the publication of list prices does not solve the problem, though it is possible that price stability in some industries might be undermined by such a requirement.

The Phillips Model

In more highly concentrated oligopolistic markets, mutual arrangements are on the basis of tacit agreements rather than overt or express agreements. There is recognition of a group identity and a recognition that for industry stability to be attained that some decisions must be group decisions. As such, they are likely to be based on compromise among the participants. Generally speaking, the study of group behaviour has been eschewed by economists and left to the sociologists, social psychologists and other behavioural scientists. However, since the writing of Chamberlin⁸ there has been an appreciation of the element of mutual dependence in most industrial markets. Henderson has explained the ubiquitous nature of interdependence in other than perfectly competitive markets by observing:

There may be thousands of grocers, yet each grocer will be intimately affected by a very small number of neighboring grocers — who may be close geographically, or similar in type of customer to whom they cater. Among dozens of makers of electrical machinery, each will have his own small group of particular rivals. An industry is like a forest; each tree is far from almost all the rest, but each has some close neighbors. What looks, at first sight, like an imperfectly competitive industry turns out to be a series of linked oligopolies.⁹

Almarin Phillips has borrowed from the literature of the sociologists and applied group theory to explain the behaviour of firms in an oligopolistic market.¹⁰ Within Phillip's model, special recognition of interdependence develops within oligopolistic markets in which parallel action reflects realization by the producers, or sellers, that they are members of a group. Within the group, at least for some functions a leader emerges, and a written and/or unwritten code develops which establishes rules of conduct for the group members vis-a-vis each other and the society of non-group members. Conflict within the group is likely to be closely regulated by the code. Thus within the oligopoly, price leadership is common, and there is likely to be a noticeable absence of the most threatening form of intra-group conflict - price competition. However, non-price competition, as a form of benign rivalry, may be accepted. The industry as an organization like the firm as an organization is perceived to have rules; this is not to say that failure and success for individual participants are considered undesirable. This market stabilizing behaviour may result in either shared monopoly or in market segmentation with each firm exercising dominance in a sub-market.

In Phillip's framework:

The group, as opposed to its individual members, does have a general objective -- the objective of providing and enforcing such standards of conduct as will eliminate the indeterminacy which accompanies markets in which firms are mutually interdependent. Without some such group action, each firm will be worse off in terms of its own sub-goals. Thus, while the group goal may be closely related to the firms' sub-goals, being a member of the market group involves the surrender of some amount of the firm's sovereignty and of its freedom to seek its own sub-goal to the detriment of other firms.¹¹

But Phillips goes on to point out:

Unilaterally pursued, more profit to one frequently means less to another; a larger market share for one, a smaller share for another. Retaliatory action -- rivalry -- may mean that the sub-goals of none are achieved. The interfirm organization -- tacit and informal in the case of simple oligopoly -- acts to resolve these conflicts to the mutual advantage of all if to the unique advantage of none.¹²

Within this group framework, an increase in the size of the group will threaten the effectiveness of understandings and implicit agreements, and will

increase the probability that formal agreements will be necessary. In Canada, the most elaborate conspiracies have involved eight or more parties.¹³

Some problems of cohesion may be overcome by the presence of leadership power. Differences in power positions have the potential to provide a stable social order within the group. Leadership becomes a substitute for formal organization and assures the subordination of subgroup goals to group goals informally.¹⁴

Phillip's behavioural orientation and acceptance of the logic, and indeed, the desirability of establishing reasonable rules of the game for group behaviour is aptly reflected in his observation that:

The important questions in conscious parallelism cases do not concern whether the firms involved have reached an "agreement" or whether they have "communicated" with respect to price and other matters of rivalry. Because of the smallness of the group of firms in simple oligopolistic markets, the conclusion is certain (if an obvious price war is not in existence) that the firms have -- in a behavioural sense -- communicated and, to a degree, agreed on certain aspects of conduct. Rivalry is bound to be limited within the group and behaviour is directed and tempered by their informal interfirm organization. Their agreement, while varying in subject matter, duration and effectiveness, may be as complete as that reached through the use of explicit and overt communication and a formal organization in markets in which firms are many. The important questions, then, relate to the effectiveness of the organization in restraining rivalry and to the probable impact such restraint has on market performance.¹⁵

To Phillips, the focus of oligopolistic group behaviour is on cooperative competition; the limiting of the boundaries of rivalry and the avoidance of excessive or destructive rivalry. In an oligopoly, the participants recognize the importance of each of the major firm's behaviour on all of the other firms with a significant market share. Appreciating their mutual dependence they will individually recognize that mutual benefit is to be derived from the adoption of non-rivalrous pricing conduct. A unity of purpose or a common design and understanding emerges and a collective monopolization ensues without overt agreements. To Phillips, consciously parallel behaviour is natural behaviour which may not be detrimental to the public interest.

III. Oligopoly and the U.S. Antitrust Cases: Conscious Parallelism Plus

Given the economist's apparent inability to satisfactorily resolve the problem of conscious parallelism, it is not surprising that the judiciary has not been willing to impute a conspiracy into the parallel results of independent business decisions reached without formal communication. Conscious parallelism has never been accepted by itself as a practical ground for conviction under the conspiracy provisions of the antitrust laws. It has not been perceived as possessing the elements of an agreement (i.e. a common design and the intention to put it into effect) if it involved only independent responses of individual competitors to a given economic situation.

Many cases involving conscious parallelism or implied conspiracy have risen in the U.S. Professors Turner,¹⁶ Phillips¹⁷ and Posner¹⁸ have examined these in depth and their analyses provided some additional insight into the problem. In all cases successfully prosecuted in the U.S., where evidence of consciously parallel behaviour has been utilized, some pattern of behaviour that went beyond the adoption of parallel independent courses of action and which, coincidentally, served the mutual interests of the competitors was required. In the C-O-Two case¹⁹ the appeal court judge described these other patterns of behaviour as the "plus factors".

In what Scherer has called his "masterful instructions to the jury,"²⁰ District Judge Marvin Frankel in the Pfizer²¹ case aptly summarized the position of the U.S. judiciary on conscious parallelism when he stated:

. . . . whether the prosecution has sustained its burden of proving a conspiracy must frequently be judged by what the jury finds the parties actually did rather than from the words they used. The unlawful agreement may be shown if the proof establishes a concert of action, with all the parties working together understandingly with a single design for the accomplishment of a common purpose It is not sufficient to show that the parties acted uniformly or similarly or in ways that may seem to have been mutually beneficial. If such actions were taken independently as a matter of individual business judgement, without any agreement or arrangement or understanding among the parties, then there would be no conspiracy.²²

Landmark American cases in which evidence of consciously parallel behaviour has been used in conjunction with "plus factors" to convict the

defendants are worthy of brief review for what they reveal about the "plus factors". We shall outline some of these briefly.

(1) In the Eastern States Lumber Dealers' Association case²³ the distribution (by a retail lumber dealers association) of a list of wholesalers who also acted as retailers led the retailers individually and independently to boycott the wholesalers. The Court inferred a conspiracy. In this case the plus factor was the publication of the list.

(2) In the Interstate Circuit case²⁴ two dominant regional motion picture exhibition chains sent identical letters to the eight major motion picture distributors stipulating desirable distribution rules for first run films. Each letter included the names of the eight receiving the letter. Each of the eight adopted the recommended rules and as a result, independent exhibitors found themselves unable to obtain first run films under the rules. The courts inferred a conspiracy since concerted action was contemplated and invited by the knowledge that all distributors were aware they had received identical letters. Here the plus factor was the distribution of the identical letters.

(3) In the American Tobacco case²⁵ three tobacco companies accounting for 90 percent of the U.S. market over two decades set identical prices, each raised prices by identical amounts at the depth of the depression in 1931 when labour and material costs were declining. Each independently brought pressure on retailers to insure identical resale prices. None would participate in leaf tobacco auctions in the absence of the others. Each participated in auctions conducted in a fashion which resulted in all paying the same prices. There was no evidence of meetings or formal agreements. The primary plus factor was the identical price increases at the depth of the depression. However, the court inferred conspiracy from the combination of circumstances.

(4) In the Hardwood Manufacturers' Association²⁶ and American Linseed Oil Co.²⁷ cases the U.S. Supreme Court held that the dissemination of detailed price lists and invoice data as well as details on off-list price quotes and transactions to members of a trade association accompanied by a pattern of close adherence to list prices has been adequate for inference of conspiracy. The plus factor in these trade association cases is the distribution of detailed data on actual sales price accompanied by close adherence to list prices. However, in one case where off list sales accounted for 25 percent

of total industry sales and no effort was made by the association to induce members to adhere to list prices, the defendants were acquitted.²⁸

(5) The U.S. Supreme Court has held that the adoption of basing point or delivered pricing systems in the cement and rigid conduit industries which resulted in identical quoted delivered prices to any customer, wherever located, was adequate for inference of conspiracy.²⁹ The plus factor were the refusal to quote F.O.B. prices accompanied by selection of identical basing points.

In the preceding and other cases, the following patterns of behaviour have been interpreted in conjunction with parallel pricing behaviour as evidence of conspiracy in American antitrust decisions:

- 1) product standardization;
- 2) exchange of detailed price and transaction data between competing firms;
- 3) perversity of price movements;
- 4) use of uniform basing points in delivered pricing schemes;
- 5) uniform refusal to deal (seller or buyer boycotts) and exclusive territorial arrangements;
- 6) uniform licensing arrangements;
- 7) parallel buying activity to collectively support the price of a substitute product;
- 8) submission of identical sealed tenders to a large buyer;
- 9) abnormally high unit profits;
- 10) distribution of identical correspondence involving pricing or distribution practices to all sellers or buyers in a market.

The vigorous enforcement of a modified anti-combines law providing for the prohibition of many of these "plus factors", including any efforts by members of an industry to exhort rivals to adhere to list prices or follow price initiatives, may be the best behavioural remedy that anti-combines legislation can achieve. This behavioural type policy will not prevent or permit prosecution of the pure cases of conscious parallelism. These would remain untouched by the existing law as it relates to criminal conspiracies. Supreme Court Justice Clark, speaking for the majority in Theater Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.³⁰ put the matter this way:

The crucial question is whether [the defendants'] conduct stemmed from independent decision or from an agreement, tacit or express. To be sure business behaviour is admissable circumstantial

evidence from which the fact finder may infer agreement But this Court has never held that proof of parallel business behaviour conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behaviour itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behaviour may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but "conscious parallelism" has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.³¹

In a book published in 1968 Eugene M. Singer observed; "The cases involving implied conspiracy and conscious parallelism demonstrate that in antitrust the means adopted for a course of action are as important as the ends accomplished From a legal viewpoint, the means by which one arrives at the identity of prices are most important."³²

IV. Review of the Canadian Cases

Canada Cement Lafarge

Not until 1973, over three-quarters of a century since the passage of the first anti-combines legislation in Canada, was the issue of conscious parallelism the subject of a judicial proceeding. In that case, R. v. Canada Cement Lafarge Ltd. et al.,³³ four cement producers were discharged at a preliminary hearing with respect to an alleged violation of Section 32 (1)(c) of the Combines Investigation Act. Provincial Court Judge Camblin ruled that

the resulting prices set by the companies are the result of conscious parallelism and the companies are therefore discharged.³⁴

He apparently did so on the basis of a speech given in October 1962 by D. H. W. Henry, then Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, in which Mr. Henry said:

Conscious parallelism, if conducted without collusion among the members of the industry, is not an offence. This is because collusion is not present, there is not the element of agreement or arrangement necessary to constitute the offence of conspiracy. I must emphasize, however, that this is so only in the absence of collusion.³⁵

At the time Mr. Henry stated this proposition there had been no judicial decision in Canada on which he could rely for authority. Apparently Mr. Henry stepped out of his appointed role as investigator of restraints of trade in Canada to make a pronouncement on the law which was to have wider implications

than he might have expected. Some months later, the Canadian Steel Warehousing Association published a pamphlet entitled "Permissible Trade Practice in Conformity with the Combines Investigation Act" in which his discussion of oligopoly and conscious parallelism is cited in support of the proposition implied in the title of the pamphlet.³⁶ Not until eleven years had passed did Mr. Henry ascend to the Supreme Court of Ontario and so be properly licenced to make such statements.

The facts of the Canada Cement Lafarge case are interesting since they provide a profile of a concentrated oligopoly producing a homogeneous product (Portland cement) in a regional market (Ontario). Camblin J. indicates that Canada Cement had about 40% of the market while the other three major producers had about 25%, 20% and 12% respectively. He indicates that between 1955 (when the investigation began) until the middle of 1959 "one finds that the marketing arrangements to be in a somewhat chaotic condition due, among other problems, to the incongruous freight allowances." The Judge noted that "commencing in 1959, an element of harmony was detected ..."³⁷ So much so that identical tenders were received for large government contracts and the prices sold by all the major companies in different areas were, with very few exceptions, found to be identical. The Crown alleged that such harmony was the result of an illegal conspiracy. Camblin J. concluded:

Defence counsel, I am sure, will agree that the Crown has established that the companies involved are using a base freight factor pricing system which did not come about by mere coincidence.³⁸

He then went on to quote Mr. Henry's words on the nature of oligopoly, conscious parallelism (which Henry defined to be "the tendency on the part of a small group of firms constituting an industry to act more or less in a uniform manner"), and the ubiquity of identical tenders and identical selling prices. Having concluded (apparently) that the mutual adoption of a basing point pricing scheme occurred as a result of an illegal agreement (tacit or overt), Camblin J. proceeded to adopt the unsupported opinion by the nation's chief combines investigator, to conclude that conscious parallelism is not prohibited by the Combines Investigation Act. Truly a dazzling, if illogical performance. Primarily because the alleged conspiracy to establish the basing point scheme (which would result in identical prices by all suppliers to any customer) occurred in 1959, and because the Information was not laid until December 1, 1972, the Crown did not proceed by way of preferred indictment. This decision must be viewed as at least a minor victory for users of a basing point pricing scheme.

The Alcan Case

The decision in the Canada Cement Lafarge case was cited with approval to support the discharge of four aluminum extruders accused of violating Section 32 (1)(c) of the Combines Act in May, 1975. In R. v. Aluminum Company of Canada Limited et al.,³⁹ Joncas J. S. P. indicated that the four accused accounted for about 86% of aluminum extrusions produced in Canada and that Alcan, the largest producer, was the price leader in the industry. The judge described the situation as follows:

In 1967, the co-accused abided by Alcan's new price list and so informed their clients. Alcan followed its competitors' activities closely and noted that some of them occasionally did not follow the price list. In January, 1967, Alcan had itself increased the cost of its aluminum ingot by .01½ per pound. In 1968, Alcan increased its prices again, followed by the co-accused. Alcan continues to follow the market closely. The raw material increased in price again by .01½ per pound.⁴⁰

Judge Joncas cited a letter written to an Alcan executive, an executive in a firm named as a co-conspirator (and the parent company of one of the accused corporations) which stated:

You will recall that it was you, Alcan, that approached me early in the year re a new list and we went along with you step for step.⁴¹

He asked, "is it possible to conclude from the evidence that there was collusion to the detriment of the public?" He concluded, "Alcan, the leader, twice increased its prices, and the co-accused, and Daymond [a co-conspirator], followed suit", and then he said, "It appears from the evidence that competition between the accused was very strong before, during and after the increases."⁴²

The Canada Cement Lafarge case is described by the judge as similar to the one at bar and he quotes the words of Mr. Henry that we referred to in that case.

In a preliminary hearing, a judge is obliged to discharge the accused under Section 475 of the Criminal Code, "if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial." Joncas J. put this point this way:

If the evidence before the Court were presented to a reasonable and properly instructed jury, would it on such evidence render a guilty verdict?⁴³

He concluded that it would not and discharged the four accused companies. It is almost impossible to make sense of the opinion in this case because of its disjointedness. Apparently after representations by the defendants to the Department of Justice and the strong urgings of officials in the Bureau of Competition Policy, the Crown moved by preferred indictment and the trial on the merits was scheduled for the fall of 1976.

The Armco Case

Between the Canada Cement Lafarge and the Alcan cases the issue of conscious parallelism was the focus of the decision by Mr. Justice Lerner in the Armco case⁴⁴ handed down on September 19, 1974.

Ten corporations were charged with violating Section 32(1)(c) of the Combines Investigation Act in a conspiracy to fix the the price of corrugated metal pipe culverts throughout Ontario and Quebec over the period November 1962 through August 1967. Eleven individuals, a trade association and five firms were named as a co-conspirators. The case provides an excellent illustration of the process by which competitors in an oligopoly with easy entry, producing a homogeneous output, to move through "spontaneous coordination", aided by exhortations to follow an "open pricing policy," from the recognition of their mutual dependence to the ability to act upon the recognition of their interdependence.

Sales of metal culverts in Canada (in tons) in 1958 increased by 6% over the previous year. In 1959 they increased by 11%, but in 1960 they fell by over 17% of the 1959 output. Total Canadian sales in 1961 were up almost 18% over the 1960 output.⁴⁵ In November of 1961 the Corrugated Metal Pipe Institute was incorporated. By late 1962 nine eastern producers and one western firms were active members and three large steel makers (suppliers of the basic raw material) were associate members. Apparently, significant overcapacity existed in the early 1960's. In 1957, there were 15 producers operating 37 plants; in 1962 there were 22 producers with 49 plants. An Armco executive testified that in 1963, the industry was operating at only 30% of capacity. He also indicated the ease of entry; a capital investment of only \$40,000 to \$50,000 was required -- indicating "this kind of manufacturing could even be carried on in a barn."⁴⁶ The president of the Institute, who was also president of Armco, the largest producer, described the situation as "cut throat competition." Lerner J. concluded that in fiscal 1962-63 and 1963-64 the contracts let by the Department of Highways of Ontario (D.H.O.) "reflect active competition among the corrugated steel pipe producers ..."⁴⁷ The RTPC reports "the relative positions of firms having their head offices in Ontario in the Canadian market" were, as follows, in 1963: Armco 42.3%, Rosco 14.2%, Westeel 12.5%, Robertsteel 7.5%, Pedlar 7.1%,

Ontario Culvert 3.5% and six others whose shares ranged from 0.8% to 1.5%.⁴⁸ Apparently competition was intensified by the fact that concrete pipe producers were making inroads in the supply of pipe for sewers and drainage (i.e. culverts).

In November of 1962 an executive of Robertsteel introduced the subject of an open price policy at a meeting of the Corrugated Metal Pipe Institute. Subsequently, in a letter to the directors of the Institute, this executive (Turney) proposed that the Institute might follow the same policy as was in operation in the Canadian Steel Warehousing Association (of which Robertsteel was a member). Lerner J. described the policy in this way:

The "open price policy" advocated that each firm openly set out its prices in written or printed form, including discounts, terms of credit, and make these available to all customers, competitors and the public.⁴⁹

But as the judge pointed out the real objective was stated in Turney's words "that prices will adjust themselves to the requirements of the individual producers and ultimately reflect the true state of the market through the natural forces of known competition."⁵⁰ Lerner J. gave evidence of his gift for cutting through the circumlocution of the businessman's language when he stated: "an 'open price policy' would be the means of preventing price-cutting competition by all manufacturers for customers."⁵¹ Not only would active price competition be abolished, but through the open price policy the Institute would have found a legal way to obtain the desired result i.e. they could not be charged with a conspiracy to lessen competition unduly under the Combines Act. This point was stressed in a speech by the president (Yeo) of the Canadian Steel Warehousing Association which was included with the letter Turney sent to the major metal culvert manufacturers. Yeo's words indicate precisely the problem of conscious parallelism in competition policy

The test [of legality] is whether the uniform price has come about by the freely competitive and independent actions of the individual members of an industry, and not by agreement.⁵²

In other words, if the firms are able to coordinate their actions spontaneously without collusion or a conspiracy or even tacit agreement, they cannot be convicted under the existing Section 32. Lerner J. puts the prosecution's problem sharply when he says, "any finding of an agreement ... would have to be from inferences to be drawn based on the rule in Hodge's Case ... that there was a tacit agreement between or among the accused."⁵³ The crux then is the application of that rule which provides that when the proof of a conspiracy relies not upon direct evidence, but must be inferred from circumstantial evidence, the inferences drawn from the acts and words of the accused or their agents must be consistent only with the establishment of an illegal or unlawful arrangement or agreement

and be inconsistent with any other rational conclusion that the accused are guilty as charged.⁵⁴

Having promoted the open price policy before the Steel Warehousing Association, A. D. Russell of Russell Industries addressed the Corrugated Metal Pipe Institute on the same subject in February 1963. He exhorted his audience of 50, representing 15 companies, to see the benefits of price stabilization, describing competitive price cutting as "unintelligent competition ... and no theory of economics nor any law in the country requires unintelligent competition."⁵⁵ He pushed the idea that open price lists were facts which businessmen were entitled to use in the formulation of their own merchandising decisions, but he also indicated they were not entitled to use them with competitors "in the formulation of joint merchandising decisions however intelligent they may seem."⁵⁶ To an economist it seems clear that the businessmen recognize the value of such open price lists as a device to facilitate the co-ordination of inter-firm behaviour and so enable them to act on the recognition of their mutual dependence. Mr. Russell became almost eloquent regarding the necessity to inculcate into the members of the industry their interdependence.

... it becomes necessary through a process of education within the industry to establish clearly in the minds of all members that no man is an island unto himself and that every action great or small will eventually cause a counteraction ...⁵⁷

He concluded that "the right of price leadership ... does not belong to a select few but can be assumed at will, even by the smallest and weakest member."⁵⁸ There is much economic sense in what Mr. Russell says on this point. As Milton Moore reminds us, the price leader in the context of a homogeneous-good oligopoly is the firm least disposed to raise prices and most disposed to lower them.⁵⁹

In the month following Russell's speech, the counsel (Pepper) for the Institute wrote to D. H. W. Henry, Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act in which he, in Lerner J.'s terminology, "put up a trial balloon." He said he had told the members of the Institute that "they would be on dangerous ground to endeavour to introduce the [open price] policy by tacit or express agreement."⁶⁰ He went on to say with respect to firms not adopting the policy: "It is one thing to educate or to exhort. It is quite another to persuade by inducement or compulsion."⁶¹ The legality of the emergence of an open pricing policy was put by Mr. Pepper as follows:

If all members of the metal culvert industry publish identical prices and subsequently make identical tenders, how does one persuade the objective outsider, that is to say a Supreme Court judge, that those prices have been arrived at independently and not by collusion?⁶²

Prior to Mr. Pepper's letter, Mr. Henry had met with Mr. Russell (to quote Lerner J.) "who came to him because some members of the Canadian Steel Warehousing Association were not adhering to the open price policy in that industry and Mr. Russell was concerned as to how far he might be able to go in dealing with dissidents."⁶³ What better place to go to get advice on the matter than to the head of the agency charged with enforcing the anti-combines legislation. And Mr. Henry, always desiring to be helpful in these matters, replied in part that, "efforts to educate must not involve any attempts at collusion or at coercion or threat of reprisal."⁶⁴

It is worth examining this statement closely. It appears to imply that, if through "education", the members of the industry are able to establish common prices (in cruder terms, to fix prices) the Director of Investigation and Research assures them they are beyond the reach of the law. Is this not a tacit invitation to engage in extensive efforts at education to facilitate spontaneous coordination in a way that would not involve an illegal conspiracy?

However, Mr. Henry did point out to Mr. Russell that a court may find a collusive arrangement to exist on the basis of "inference from surrounding circumstances rather than from an examination of direct evidence of agreement or understanding. In such circumstances, successive steps, each of which looked at independently and in isolation might be regarded as unlawful, can bring the participants closer to the brink of illegality."⁶⁵ Mr. Henry went on to say,

It seems to me that once the activities of the Association go beyond education and explanation and take the form of direct persuasion and implied coercion of individuals, it can scarcely be said that the industry members have independently adopted the policy in question.⁶⁶

In the same letter, Henry was critical of Mr. Russell's address to the Steel Warehousing Association.

It is one thing for such oligopoly characteristics [price leadership or conscious parallelism] to develop of themselves without collusion; it is quite another matter for members of an industry to make a conscious effort collectively to bring them about.⁶⁷

On May 2, 1963 the directors of the Corrugated Steel Pipe Institute met and discussed the merits of an open price policy. The Institute's counsel, Mr. Pepper, "strongly pointed out that such pricing had to be reached 'individually and independently' by each member, but the Institute was within legal rights to undertake 'purely educational' action on benefits of such policies to the industry,"⁶⁸ A formal resolution was passed which averred that "potential benefits could be derived by individual members of the industry from the adoption of the open pricing policy."⁶⁹ Shortly thereafter, a memo implying that the Institute had completed its investigation of the matter and proposed to take no further action went to all existing and prospective members of the Institute. It was accompanied by a copy of Turney's "Report of Investigation into an Open Price Policy for the Highway Drainage Industry," the pamphlet prepared by the Steel Warehousing Association on the open price policy, and a copy of Mr. Henry's letter to Mr. Russell. At this point in his judgment Lerner J. states:

At this stage of the chronology ... an agreement or tacit agreement to lessen competition unduly by instituting an open price policy could not be inferred beyond a reasonable doubt.⁷⁰

In June 1963, at the urging of Mr. Turney, one of its senior executives, Robertsteel published an open price list. But Robertsteel was a leader without followers as Armco continued to give discounts. Apparently, as the largest producer and the first to produce helically formed pipe (as opposed to the standard rivetted pipe) Armco offered to sell up to 24 inch diameter pipe for 5% less than its previous list prices and offered quantity discounts. While Armco did not follow the leader, Ontario Culvert wrote to Carleton Culvert, "The enclosed Robertsteel price lists will be used, effective immediately until further notice."⁷¹ One week later this was withdrawn and Robertsteel's effort to establish price leadership with an open price policy had not succeeded.

Some time after September 2, 1963, two vice-presidents of Dofasco and Stelco, who were also directors of the Institute, undertook to do a report on the problems of the metal culvert industry. The Craig-Allan report was sent by Mr. Allan directly to all members of the Institute. The report began by saying it was "a review by an impartial source of the market problems presently confronting the producers of corrugated metal pipe in Canada ..."⁷² The authors of the report were not indicated on the body of the report. Lerner J. remarks, "If there was no design to lead the industry into an agreement on the open price policy, it would not have been necessary to try to give this report

credibility by indicating that it was from an impartial source."⁷³ He noted that "Dofasco and Stelco had a real interest in developing the corrugated pipe industry."⁷⁴ The report advocated open pricing as the means to avoid the evils of price cutting.

Price stability is synonymous with published pricing and the latter must be adopted and cherished by this industry ... It is the only legal way of communication among members of the industry providing it is done without collusion.⁷⁵

How the benefits of this policy were to be achieved were specified as follows:

It should be possible with a series of changes in published prices and appropriate leadership by certain management relative thereto that proper price levels ... can be achieved within two or three months.⁷⁶

Lerner J. indicated he saw the report as an exhortation to price leadership-followership. Presumably to assure uniform prices to various customers, the report recommended delivered pricing by area.

It is evident that executives in the industry realized that the arrival at uniform price lists and identical tenders by all producers independently and voluntarily adopting an open price policy was difficult to imagine. As Mr. Campbell, the president of Armco, said in a handwritten memo found in Robertsteel's offices, this was "a rather ideal condition to expect without persuasion or coercion from others." These words had been stroked out.⁷⁷

On December 2, 1963, Robertsteel published another price list. It was immediately adopted by all members of the Corrugated Metal Pipe Institute. Of particular interest to Mr. Justice Lerner was the fact that several manufacturers bid on a Ontario Highways contract ten days later on the basis Robertsteel's price per lineal foot well in advance of the effective date of their own or any other company's published price list.⁷⁸ Over the next three years and nine months uniform prices prevailed in the market for corrugated metal pipe, during which several changes and increases in price were accomplished smoothly. With respect to the Department of Highways of Ontario, only three contracts out of 342 during the next three years and nine months "contained unequal, different or a variety of bids."⁷⁹ The vagaries of differential plant and buyer locations and freight costs were carefully taken into account. Lerner J. states:

[the] producers divided Ontario in the three zones and all prices were quoted were a "delivered" price in each zone rather than FOB plant. All prices were uniform in any zone regardless of the distance of the plant of the particular manufacturer from the geographic point of delivery.⁸⁰

It was not until TPL Industries entered the market late in 1967 and began selling at prices considerably less than had been paid by D.H.O. in 1964 to 1967 that the uniformity of prices was broken.

The Inference of a Tacit Agreement

Mr. Justice Lerner ruled that a tacit agreement had to have been made in order for the industry to have been able to maintain identical prices and tenders from December 1963 to September 1967.⁸¹ He did so for at least three reasons:

(i) The fact that it was Robertsteel who published the December 2, 1963 price list, having published a similar list in June and seeing that it was not followed by most of its competitors. He said, "Repetition by Robertsteel reinforces the inference that the others were aware that Robertsteel was about to do this again and that they had agreed on 'followership' ..."⁸²

(ii) Mr. Turvey of Armco, the firm which had previously set prices in recognition of its superior efficiency, admitted his firm suddenly changed its mind on December 12, 1963 and "adopted the position of followership" in order to "make a contribution towards the stabilization of price to the Department of Highways ..."⁸³ In addition, the firm simultaneously stopped giving D.H.O. a volume discount. The judge also pointed out that while other executives had been proponents of the open pricing policy, "nowhere in the evidence can it be found that [Mr. Turvey] was originally a proponent of the open price policy." He concluded, "There had to be dialogue between Armco and Turney of Robertsteel in the latter half of 1963, before Robertsteel would try to experiment again, since Armco had been an earlier holdout to the open price policy."⁸⁴

(iii) The executives who for about a year had campaigned for the independent but universal adoption of the open pricing policy by means of "open discussion short of agreement" had failed to obtain the desired result by "proselytizing." Therefore, a tacit agreement had to be the means by which the arrangement came about.⁸⁵

But does it follow that establishment of the open price policy which as adopted by all the producers of metal culverts almost immediately after Robertsteel published its second price list on December 2, 1963 had to occur as the result of a tacit agreement? The answer is "no". Let us consider the problem in a slightly larger context. By what means can conscious parallelism, in which all firms quote identical prices, over a considerable period of time, occur in an oligopoly producing a homogenous good, characterized by easy entry and extensive excess capacity? Such conscious parallelism could come about by at least three means:

(a) By conspiracy or collusion. Such an agreement to adopt one firm's price list (and in this case three-zone delivered pricing) could be the result of an express or tacit "meeting of the minds". Presumably, this technique can be attacked by existing antitrust legislation.

(b) It may be accomplished without agreement in the legal sense following an active campaign of education and exhortation by industry participants or by third parties (in this case, by the suppliers of the basic raw material). Having experienced the costly process of action-reaction, competitive price-cutting, firms begin to see the light and now become prepared to act on the recognition of their interdependence. When one firm steps out and publishes its price list for all to see it is an invitation to follow. It is also the potential means by which the competitive mixture can crystalize into identical prices. The announcement of the open price list by one firm becomes a sort of catalyst - but one which stops the reaction (competitive price cutting) rather than speeds it up. It is important to note that where significant excess capacity exists and firms exhibit differential costs of production, it may require several unsuccessful attempts at leadership (perhaps by different firms) before the mixture jells and stability (identical prices) is obtained. The important point to keep in mind in this case is that no agreement, tacit or express is necessary. Firms make independent decisions to lead off or follow as the case may be. But they do so having been "educated" to see the folly of playing the action-reaction game and the potential benefits of common-price stability.

(c) In this case, which could be described as "collective self-instruction over time," there is no attempt by industry members or by outsiders to campaign for an open price policy or other coordinating device to get identical prices. Nor is there any agreement, tacit or express.

Instead, at least the major firms in the industry (in metal culverts case the top four firms accounted for about 76% of total sales) through the experience of competitive price cutting and periods of short-term price stability (perhaps when there is a spurt in demand) not only recognize their interdependence but begin to find ways to be able to act on it. The learning process may take many months or even a few years to occur. During the process, perhaps by chance, "quasi-agreements" (but not in the legal sense) occur, then they break down. Perhaps aggressive "mavericks" i.e. men most willing to cut prices and least willing to raise them, have to be replaced with more accommodating types. In any event, and entirely without exhortation or even tacit communication, the major participants are looking for a way out of their dilemma (low and unstable prices and profits). Independently some firm makes a move (e.g. publishing its prices) hoping the others will follow. Some firms may not follow - as Armco did not in the culverts case. Price stability is not established. The same or another firm makes a similar attempt, again without even tacit understandings with the others. It may take several "failures", but on one attempt the mixture "jells" and the firms adopt common prices. This process of spontaneous coordination results in conscious parallelism as leadership-followership is firmly established.

In addition to drawing the inference that there had been a tacit agreement among the firms to follow Robertsteel's December 2, 1963 price list, Mr. Justice Lerner concluded that the very high percentage of identical tenders was hardly the result of chance.

The identical tenders to D.H.O. and others are remarkable because the great detail required for same would force one beyond any reasonable doubt to the conclusion that there was a complete exchange of information and understanding with meticulous attention that all bids and all tenders be identical.⁸⁶

This need not be the case. Once the arrangement was made whereby all firms adopted Robertsteel's detailed price list, the "complex" tenders usually broke down to being able to identify each item properly, take its posted unit price, multiply and add up the total. Since the list specified delivered prices in each of the three zones, the failure to attain identical bids would only occur if someone could not multiply, add and type correctly or the tender required a bid on an item not on the price list i.e. some custom made product unique to the buyer. In 1963 Hydro Quebec received six identical tenders of \$14,394,537.12 for 4800 miles of ACSR cable. Despite an intensive investigation, the Director

of Investigation and Research could not find evidence of collusion.⁸⁷ What had happened, apparently, was that each bidder took the appropriate unit price from its price list, which were identical for all firms, and correctly multiplied by the required volume to get the amount of the bid.

It was on the cumulative effect of all of the evidence that convinced Lerner J. "that there was a tacit agreement to maintain identical prices."⁸⁸ He very rightly asked

What possible purpose could this whole effort towards establishing the open price policy be if it were not to arrange something that would achieve stability of prices, eliminating competition and resulting in orderly marketing as against what was presently the situation that the industry found intolerable?⁸⁹

Mr. Justice Lerner devoted four printed pages of his opinion to the topic of "open price policy and conscious parallelism." At the outset he observes that

The "open price policy" is an ambitious theory and it effected and if carried out successfully, would achieve the ultimate and still not offend the Combines Investigation Act. Even if it were to result in unduly lessening competition because there would have been no agreement or arrangement, direct or tacit. Once all members of the industry understood and recognized the value of this approach to marketing there would be a universal conscious effort on the part of all to actively follow the price lists and ancillary or collateral marketing devices [e.g. delivered pricing] of the "leader". There would result a conscious effort to "parallel" or follow the leader.⁹⁰

The judge then summarized the testimony of Dr. J. A. Sherbaniuk⁹¹ on the nature a homogeneous good oligopoly, apparently which was couched in terms very similar to D. H. W. Henry's. But on one very important point Lerner J. was unsatisfied:

If price stability would come (if not naturally), then by the economic forces expressed by Mr. Sherbaniuk in this ideal oligopoly situation, it suggests the query (why I find was never answered by the defendants) -- why was it necessary for the Institute, Campbell, Turney, et al., to spend the several months in 1962 and 1963, ... to bring the results that form the basis of this prosecution?⁹²

While the judge rejected the theory that the "leadership" and "followership" occurred without conspiracy, the answer to his question is easy. The purpose of the exhortation and education by Campbell, Turney et al. was to speed up the process of "collective self-instruction over time." It was to provide the "catalyst" which would bring about the crystalization of firms in adopting common prices. Learning by price cutting with easy entry and excess capacity

is expensive to the "pupils" (firms). The advocates of the open price policy were trying to get the "pupils" to "graduate" (adopt common prices) earlier. They were trying to help nature along. What the judge concluded was that the teachers became impatient with mere exhortation and the failure of the class to "graduate" in their first attempt at the "exam" (i.e. Robertsteel's published prices in June 1963) so they obtained a tacit agreement in order that everyone would "pass" (adopt Robertsteel's price list) on the second attempt (December 2, 1963). Lerner said by way of obiter:

economists to the contrary, I fail to see on a common-sense basis how conscious parallelism could be achieved without a conspiracy on the part of the accused to come to an agreement or arrangement beforehand.⁹³

After the 11-month period had passed with no effective results, suddenly without any other explanation "leadership" and "followership" appeared. I am convinced ... that there had to be an understanding, arrangement or agreement to adopt the open price policy. This conclusion is the only rational inference that I can draw from the evidence and which is consistent with any other rational conclusion on the evidence.⁹⁴

It is not true that the period of exhortation and education was without effective results. First, Lerner J. cited evidence that a number of executives in the course of the 11-months became proponents of the open price policy. Second, in June of 1963 Robertsteel tried to get the scheme going by publishing its price list. Some firms adopted it, but because Armco did not, the first attempt did not "take". Both of these occurrences helped to set the stage for the next attempt to get uniform parallel behaviour. As we pointed out above, a number of "trials" may be necessary before the conscious parallelism comes about. There need not be any tacit agreement in the usual legal sense.

Ruling out such a tacit agreement, the fact that conscious parallelism "took" on the second attempt (which was by the firm which failed to become the price leader on the first attempt) is not unbelievable, even though it may be surprising for the relations among oligopolists are characterized by considerable uncertainty. Given the extensive "educational" efforts which had been devoted to conditioning the firms toward price leadership-followership, there seems a reasonable possibility that the second try would meet with success.

What is interesting is that Mr. Justice Lerner condemned the accused as violating Section 32(1)(c) of the Combines Act in three ways: (i) he found that an agreement or collusion had occurred; (ii) he inferred a tacit agreement; and (iii) he adopted a new concept of "arrangement" from an English combines case. With respect to the subtle problem of conscious parallelism, the old statute still

has teeth if the Crown can convince the judge to find as a matter of fact that an agreement (express or tacit) to lessen competition unduly has occurred or can be inferred from the sum of the individual acts and surrounding circumstances. As we shall see, Lerner J. did not need the new concept of an "arrangement" to sustain his decision.

The Nature of the Arrangement

Mr. Justice Lerner attempted to break new ground in Canadian combines law when he adopted as his concept of "arrangement" that employed in a 1963 English case, British Basic Slag. In that case Willmer L. J. stated (and Lerner J. quoted):

For when each of the two or more parties intentionally arouses in the others the expectation that he will act in a certain way, it seems to me that he incurs at least a moral obligation to do so. An arrangement as so defined is therefore something "whereby the parties to it accept mutual rights and obligations" (British Basic Slag Ltd. v. Registrar of Restrictive Trading Agreements (1963) 1 W.L.R. 727 at p. 739)⁹⁵

In the same case, Diplock L. J. first quoted the words of Cross J. (L.R. 3 R.P. 178 at 196)

all that is required to constitute an arrangement not enforceable in law is that the parties to it shall have communicated with one another in some way, and as a result of the communications each has intentionally aroused in the other an expectation that he will act in a certain way.⁹⁶

Then Justice Diplock gave his own definition of an "arrangement" (at p. 747):

it is sufficient to constitute an arrangement between A and B, if (1) A makes a representation and intention that such conduct on his part will operate as an inducement to B to act in a particular way, (2) such representation is communicated to B, who has knowledge that A so expected and intended, and (3) such representation or A's conduct in fulfillment of it operates as an inducement, whether among other inducements or not, to B to act in that particular way.⁹⁷

As we shall see Mr. Justice Lerner's adoption of these definitions was rejected by the Appeal Court, but his decision was upheld.

The Appeal Court Decision

On February 2, 1976 the Ontario Court of Appeal unanimously upheld the

Trial Court's decision with respect to seven of the ten corporations (lowering the fine imposed in one instance) in a judgment written by Houlden J. A.⁹⁸ However, the decision is of particular importance to conscious parallelism cases since Houlden J. A. ruled that

if the parties have acted in the manner described by the English Court of Appeal in British Basic Slag, there is not necessary an "arrangement" within the meaning of S. 32(1)(c) ... for S.32(1)(c) there must be the mutual arriving at an understanding or agreement, and under the British Basic Slag test, this element of mutuality is not necessarily present.⁹⁹

While concluding that the trial judge was "wrong ... to refer to the British Basic Slag definition,"¹⁰⁰ the Appeal Court would not invalidate the judgment. Houlden J. A. cited eight specific passages from Lerner J.'s judgment in which the trial judge "had made clear and unequivocal findings that the parties had entered into an agreement or arrangement to prevent or lessen competition."¹⁰¹ He ruled that the reference to the British Basic Slag definition of arrangement was "mere surplusage"¹⁰² and "was unnecessary and did not affect the result at which [the trial judge] arrived."¹⁰³

The corporations also attacked, in their appeal, the application of the rule in Hodge's case, to which we referred to above, saying Lerner J. drew incorrect or improper inferences from the evidence. Houlden J. A. ruled that while some of the findings of fact and inferences drawn "might have been more aptly expressed and some are undoubtedly wrong (it would have been astounding if this were not so in a trial of this magnitude), there is still an abundance of circumstantial evidence to support the trial Judge's conclusion that an agreement or an arrangement had been entered into to prevent or lessen competition unduly."¹⁰⁴ The rule in Hodge's case has been correctly applied.

The Atlantic Sugar Case

On December 19, 1975 Mr. Justice Kenneth Mackay handed down his decision in R. v. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al.¹⁰⁵ in which he acquitted the three largest sugar refiners in Eastern Canada of violating Section 32(1) of the Combines Act. Part of the case dealt with the issue of conscious parallelism. In particular, it was argued that as part of the second count (alleging an undue lessening of competition rather than the unreasonable enhancement of price involved in the first count):

That in 1960, Redpath [formerly Canada and Dominion Sugar] adopted the base stock system for the pricing of refined sugar. This was derived from matching the refined sold with the replacement cost of a similar quantity of raw sugar on the day of the sale, plus freight, duty, the preferential premium of 75 cents per hundredweight and a refiners' margin. To this was then added freight charges from the refinery nearest the customer to the latter's plant or warehouse. The price list based on this formula was invariably, simultaneously and exactly followed, item by item, by the other two accused, although actual freight costs differed for each refiner.¹⁰⁶

With respect to this charge of price fixing over the period 1960 through May 1973, Mr. Justice McKay set out his summary of the theory of the Crown as follows:¹⁰⁷

1. The accused agreed with the Commonwealth sugar producers' cartel to price raw sugar on the basis of the London Daily Price, a price which was unrelated to the actual market price of sugar.
2. They also agreed that a preference clause be included in raw sugar contracts fixing the preferential premium at 75 cents and recognizing that figure as a non-negotiable factor, thus preventing the amount of the preference rebated to the producers from being established by competition between buyer and seller.
3. They adopted a unique system of pricing their refined sugar -- the base stock system -- which was based on raw sugar prices unrelated to the market price.
4. The accused, who controlled at least 90% of the Eastern Canadian market, arranged to adopt identical price lists based on this pricing system and the result was undue prevention or lessening of competition.

He then summarized what he believed to be the defense theory:¹⁰⁸

1. The L.D.P. is an internationally recognized index for the determination of the price of raw sugar on the free world market.
2. The preference clause was written into raw sugar purchase contracts by both buyer and seller and was never intended to freeze the premium at 75 cents but was simply intended to protect the accused under existing contracts, should the tariff preference have been reduced before delivery, by limiting the rebate to 75%.
3. The Base Stock System, regardless of its merits, was conceived solely by Tate and Lyle and its subsidiary, Redpath, and was simply copied by the other two accused.

4. Identical price lists are not necessarily evidence of collusion to fix prices; they may be, as in this instance, an example of price leadership without prior arrangement, tacit or otherwise.

Mackay J. noted that both sides agreed that the Commonwealth Sugar Association is a cartel which its member euphemistically call "a club". As early as 1954 it had limited price competition on sales to Canada. It did so to maintain a 75¢ per hundredweight preference (premium) above the world price. Prior to 1960 raw sugar was priced on a cargo by cargo or parcel by parcel basis. In the early 1960's deferred pricing, advantageous to buyers was introduced in which the Canadian buyer would pay the LDP plus 75¢ per hundred pounds less a freight equalization factor. But the price was that prevailing at the time of shipment or delivery not at the time the contract was signed. The adoption of this new system by the three big Eastern refiners negotiated by a senior official of Tate and Lyle, the giant English sugar producer and refiner, which in 1959 had obtained effective control of Redpath Industries. The new formula permitted hedging by the refiners to reduce the risk of changes in the price of raw sugar. It also permitted the firms to amass huge profits in offshore corporations (beyond the reach of Revenue Canada) from trading in raw sugar futures.

With respect to the LDP, the judge acknowledged "it is not an accurate reflection of the actual market price of raw sugar, since spot sales form a very small proportion if the 5,000,000 tons traded annually on the London Exchange."¹⁰⁹ Yet he went on to conclude, "even if, as the Crown contends, the LDP is an artificial price it is a universally accepted index for pricing raw sugar and no blame can accrue to the accused for using it."¹¹⁰

There is a very important point here from the point of view of oligopolistic coordination. Since the price refined is calculated directly from the LDP, and as we shall see all the refiners followed Redpath's refined price list, agreement to follow the LDP constitutes the first step in establishing the whole plane of prices for refined sugar. Besides, the LDP is influenced by the fact that Tate and Lyle is both a major producer of raw sugar and completely dominates the market for refined sugar in the U.K. The importance of Tate and Lyle's producer activities becomes apparent when the judge observes that while the other two Eastern Canadian refiners made "strenuous efforts ... continually to chisel away"¹¹¹ at the 75¢ preference paid to Commonwealth producers of raw sugar, Redpath, owned by Tate and Lyle did not do so. The judge says Redpath

"was anxious to preserve for the producers 75¢ of the [original \$1.00] preference ..."¹¹²

In 1960 the Base Stock System of pricing refined sugar was introduced at Redpath by Tate and Lyle representatives. It replaced the average cost of inventory method, which, continues to be used by United States refiners.¹¹³ The price of refined sugar under this system is calculated as follows:

$$\begin{aligned} \text{Price of refined FOB} \\ \text{Toronto and Montreal} \\ \text{basing points} &= \left[\begin{array}{l} \text{LDP price of raw} \\ \text{sugar per 100 lbs.} \\ \text{CIF (includes 75¢} \\ \text{preference)} \end{array} \right] + \left[\begin{array}{l} \text{freight, in-} \\ \text{surance, and} \\ \text{discharge} \\ \text{costs} \end{array} \right] + \left[\begin{array}{l} \text{import} \\ \text{duties} \\ \text{(28.7¢ per} \\ \text{100 lbs)} \end{array} \right] \\ &+ \left[\begin{array}{l} \text{adjustment for} \\ \text{7\% loss on re-} \\ \text{fining} \end{array} \right] + \left[\begin{array}{l} \text{refining} \\ \text{margin} \end{array} \right] \end{aligned}$$

Very shortly thereafter (having observed the frequency of changes in Redpath's price), the other refiners adopted the same system. From that point it was easy for the industry to simply exactly parallel Redpath's prices for it was established in the testimony of industry executives that from 1949 to 1959 that Redpath was the industry price leader.¹¹⁴ Mackay J. described the method of price determination from 1960 to 1973 as follows:

their [the other refiners'] sales managers said that instead of making their own price calculations, they simply followed Redpath's price lists which were posted each day in the lobby of Redpath's offices and were communicated to them by sugar brokers, customers or even telegraph company employees with whom they had friendly relations or others unidentified. Whenever they learned of changes in Redpath's prices, they immediately issued new price lists of their own.¹¹⁵

Then the judge pointed out that "price conformity and identical price lists are characteristic of an oligopolistic industry" and that "they may well be consistent with independent competitive decisions" or be the result of an agreement.¹¹⁶ Citing Lerner J. in the Armco case for support, he argued that

if conformity is the result of price leadership by the industry leader and a conscious effort by other members of the industry to follow the leader, to parallel its prices, then, although the result might be an undue prevention of competition," it would not offend the Combines Investigation Act because there would have been no agreement or arrangement, direct or tacit."¹¹⁷

Mr. Justice Mackay clearly indicated that conscious parallelism without collusion does not violate the Act. He stated, "I am of opinion that while identical price lists might give rise to an inference of an arrangement to fix prices, such inference is unwarranted where it is shown that conformity of prices was not arrived at as a result of collusion."¹¹⁸ In so doing, he clearly rejected Lerner J.'s statement by way of obiter dictum in which he said,

"... economists to the contrary, I fail to see on a common sense basis how conscious parallelism could be achieved without a conspiracy on the part of the accused to come to an agreement or arrangement beforehand."¹¹⁹

Rather he cited, emphasized, and apparently adopted D. H. W. Henry's view of price changes of staple commodities given in his 1965/66 Annual Report.

Except during brief periods of change, the price of any homogeneous commodity will tend to be the same for all sellers and buyers in a given market area. At the first suggestion of any permanent differential, buyers will switch their custom to the company offering the lowest price and sellers therefore will have to bring their prices to meet that of the lowest competitors. Consequently, in those commodity markets where sellers are few and many sales are made daily to wholesalers, retailers and consumers, a price change instituted by any one seller will usually be communicated within the hour to his competitors and the necessary adjustments made almost instantly.¹²⁰

After reviewing the testimony of executives of all the other Eastern refiners Mr. Justice Mackay concluded:

Since the Act does not prohibit a member of an industry from taking into account and following his competitors' price changes, be they up or down, it follows that he is not prohibited from taking into account and following the system upon which these price changes are made.¹²¹

By 1973 a total of six refiners served the market from Ontario east to Newfoundland. Coordination in this oligopoly is even easier than the number six might imply. Quebec Sugar Refinery sells all its output in a semi-refined form to Redpath. Cartier Sugar is a wholly owned subsidiary of Steinbergs which absorbs a good fraction of its output and Westcane Sugar is a wholly owned subsidiary of George Weston Limited whose retail and manufacturing operations are also large buyers of sugar. The big three (Atlantic, Redpath, and St. Lawrence) jointly account for over 90% of the market. The remainder of the country is subject to the complete monopoly of B.C. Sugar. Compared

to the metal culvert manufacturers, oligopolistic coordination in sugar is easy. It does not require exhortation, education or tacit agreement. Besides, all of the big three have been in business and have jointly dominated the market since before the turn of the century. They are highly experienced and practiced oligopolists. Furthermore, they had learned from their previous conviction for conspiring to limit competition unduly.¹²²

Some Other Aspects of the Sugar Case

Having ruled that price leadership-followership is not prohibited by the Combines Act, Mr. Justice Mackay went on to review the testimony of a number of large industrial purchasers of sugar (such manufacturers account for 60% of all sugar consumption). He observed, "although all Canadian refiners had identical price lists there were ... exceptions when actual sales prices varied as a result of customers' discounts, not including discounts from prompt payment. ... Testimony of the officers of ... industrial sugar users ... was to the effect that the refiners' quotes invariably differed appreciably."¹²³

The judge is oblivious to two important points here. First, when a few sellers face a relatively small number of large buyers the outcome in terms of price and output is indeterminate. The fact that such large buyers obtained their sugar (or part of their requirements) at less than the list price is a reflection of their oligopsony power. A related phenomenon may also be present-price discrimination. With differential price elasticities and some degree of separability between the industrial and consumer markets, sellers with market power may find it more profitable to charge a different markup (above the relevant marginal costs) to different customers. However, lower prices to big buyers may not involve price discrimination, but rather the recognition of their buying power together with the fact that the costs of serving such customers (bulk shipments, lower inventories etc.) may be lower than those for smaller purchasers.

Second, the judge fails to recognize that the common pricing formula which incorporates a large refining margin, provides a safe plane from which deviations (lower prices to large buyers) do not seriously erode profitability and essential price stability. Evidence of the high refining margin in Canada is provided in a Tariff Board Report on sugar published in 1971.¹²⁴ In eight of the years between 1961 and 1970 the Canadian (Montreal) refiners' margin exceeded those in the United States (New York). In all ten years they

exceeded those in the U.K. (London). The Canadian refiners' margin ranged from 11% to 28% above those in the U.S.

But these data are based on computed rather than actual costs of raw sugar. Between 1965 and 1969 the analysis in the report indicates that the actual margin significantly exceeded the nominal margin we have referred to in four of the five years.¹²⁵ Similarly, in four of the five years the actual average margins of the refineries in St. John, Toronto and Vancouver significantly exceeded those of the Montreal refineries.¹²⁶ Despite rather substantial differences in costs of production all refineries in Canada earned rates of return well above other industries. In 1966, 1967 and 1968 the sugar refiners' rate of return (before income tax) as a percentage of shareholder's equity was 26.6%, 22.0% and 20.3% respectively.¹²⁷ In contrast, the comparable figures for all manufacturing industries were 16.9%, 14.7% and 16.1% respectively. The sugar refiners' before tax profits as a percentage of sales were more than double the average in manufacturing. It seems apparent that any excursions from list prices mentioned by Mackay J. did not prevent the sugar refiners from enjoying the economic benefits of their oligopoly position.

The Crown argued, that there was an agreement among the companies as to the market shares to be enjoyed by each. The shares allotted to the firms during W.W. II and their shares in 1949 were as follows¹²⁸

	<u>W.W. II</u>	<u>1949</u>
Atlantic	35.5%	35.6%
Redpath	43.0	42.7
St. Lawrence	21.5	21.7

Mackay J. then describes what happened with respect to market shares:

During the next decade, the market shares varied slightly. But in 1958, Redpath having just opened its Toronto refinery and being anxious to increase sales and recoup some of the heavy expenses involved, surreptitiously began to cut prices in the Toronto area. Atlantic felt the loss of sales in that area and so began to cut its prices there, although this represented a serious expense, due to the absorption by Atlantic of the unsubsidized portion of the freight from the refinery in St. John to the nearest basing point which was now Toronto instead of Montreal as it had been before the new refinery was constructed. The price war spread to include St. Lawrence. There were two results:

First: Redpath increased its market share at the expense of the others from 42.8% in 1957 to 46/6% in 1958.

Second: it lost the price war against its two-well funded opponents, and having sustained serious financial losses it was ripe for a take over by Tate and Lyle ... Thereafter, each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares.¹²⁹

The judge then draws the conclusion that, "Although each stressed that this was the result of an independent decision, one would be ingenious not to be aware that there was and continues to be a tacit agreement to this effect."¹³⁰ He then went on to expand on this point, saying

On the evidence, I find that the maintenance of traditional market shares - which were adjusted but in the same proportion when Cartier came on stream - was the result of a tacit agreement between the accused. But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competition. The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a price war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts. Nor am I able to infer from the totality of the evidence on this point, including overt acts, that market shares were maintained for the purpose of stifling competition.¹³¹

The accused were acquitted on both counts.

The Large Lamp Case

Canadian General Electric Limited (CGE), Westinghouse Canada Ltd., and GTE Sylvania were charged with two counts of monopoly and one of conspiracy during the period January 1, 1959 to August 25, 1967.¹³² It is the conspiracy charge, under S.32(1)(c) of the Combines Investigation Act, which is of particular interest to our discussion of the development of the jurisprudence on conscious parallelism. Mr. Justice Pennell conveniently summarized the Crown's charge of conspiracy as follows:

...the accused conspired to lessen unduly competition by an agreement or arrangement to adopt simultaneously and follow religiously a virtually identical sales plan for the distribution and pricing of electric large lamps through the medium of consignment agents, inter alia, and the practice of inducing distributors to maintain sales prices ...¹³³

The defendants contended that there was no agreement among them to adopt and follow the sales plan put first forward by CGE in 1959 and modified in 1961. Pennell J. put their position in the following way:

...the behaviour under attack represents no more than rational individual decisions in light of relevant economic facts; that this industry is an oligopoly

with a homogeneous product; that the structure of the market demanded the published price list of the competition and thus prices could not be different for a substantial period of time; and that the actions of the accused were based on pure non-collusive, oligopolistic parallelism of action, a practice described by the term "conscious parallelism."¹³⁴

Describing conscious parallelism as "one of the great battlefields of anti-combines litigation," Pennell J. defined it as the "pricing that emerges out of an oligopolistic market setting without communication or agreement among the sellers."¹³⁵ He went on to say, "The crux of the theory of conscious parallelism is ... that the oligopolists are inter-dependent in their pricing: they base their pricing decisions in part on anticipated reactions to them."¹³⁶

In his findings of fact Pennell J. held that electric large lamps (which include incandescent, fluorescent and mercury lamps) were an essentially homogeneous product; that they constituted a distinct segment of the lamp industry in terms of manufacture and sale; that the market for such lamps was national; and that the three accused accounted for 95% of domestic sales and manufacture. He asserted that the difference between the 90% share admitted by the defendants and his finding of 95% was "purely academic."¹³⁷

The motivation for the establishment of the larger lamp sales plan of 1959 was that prior to that time "the industry had gone through a period of intense pricing cutting."¹³⁸ Although such competition had not resulted in losses,¹³⁹ CGE certainly anticipated that the plan would reduce price competition and increase profits. CGE first sales plan, dated January 6, 1959, "covered all aspects of distribution, sales and supply of large lamps by CGE to its agents and distributors and by such agents and distributors to their trade customers and to customers who purchased by tender."¹⁴⁰ The price to each of the various distributors and customers was determined by the specified list price less the discount set out for each distributor and type of customer. Agents accounting for three-quarters of CGE large lamp sales were put on consignment.¹⁴¹ The Judge noted that by January 19 both Westinghouse and Sylvania had obtained copies of the sales plan which was not to become effective until April 1, 1959. The Crown argued that the long advance circulation of the 1959 plan was to allow the market leader to flag a signal to its competitors of a change in market strategy. To this CGE replied that common sense required advance publication in order for CGE to ascertain whether their competitors would follow.¹⁴² Both Westinghouse and Sylvania did adopt plans very similar (but not identical) to CGE's. As a result, two-thirds of Westinghouse's lamp sales were made on consignment.¹⁴³ Beginning in the summer of 1963 and ending

in the spring of 1964 Sylvania puts its agents selling to the commercial and industrial market (75% of its sales) on consignment.¹⁴⁴ Following the introduction of CGE's 1959 sales plan, in the Judge's words, "The price lists and discounts under the three plans were substantially identical to the knowledge of the accused."¹⁴⁵

While the 1959 plan sharply reduced the extent of price competition a certain amount of hidden discounting did occur. Mr. Justice Pennell concluded: "a survey of the prices of the three accused as published and as reflected in actual sales, shows remarkable stability and co-ordination over the alleged conspiratorial period. By contrast, the conditions in the market place prior to 1959 were chaotic."¹⁴⁶ There were also problems in discount structure for various types of distributors - the market was not perfectly segmented.¹⁴⁷ Again CGE acted as the industry leader announcing its 1961 sales plan at a meeting of the Canadian Electrical Distributors Association in April 1961. The plan, based on net prices, became effective on September 1, 1961. If the 1959 plan was good for CGE, the 1961 plan would be even better. As one CGE internal communication put it:

... if we can introduce this new Large Lamp Sales Plan as it stands and maintain our present volume of business, we should increase our profits something like \$300,000.00 annually.¹⁴⁸

The writer, a top CGE sales executive concluded, "These are big stakes and I am sure you will agree, well worth taking some short term risks for."¹⁴⁹

CGE's 1961 plan was distributed to its own agents on about July 5, 1961. As was the case in 1959, both Westinghouse and Sylvania "came [to] an early decision ... to coordinate their activities and implement substantially similar plans based on the same distribution scheme and price schedules and with the same commencement date ..."¹⁵⁰ Although Westinghouse did not distribute its own plan until November 1961, it followed the CGE plan from the date of its introduction - September 1, 1961.

By use of price schedules based on net prices the lamp manufacturers hoped to completely eliminate price competition that might occur by design or as the result of error. After the introduction of the 1961 plan even greater efforts were made by all manufacturers to ensure that the prices established in their plans were enforced. As Pennell J. put it, "The three defendants strictly and closely monitored their agents in all their dealings", and he went on to assert "the presence of enforcement activities may be relevant to a consideration of a charge of conspiracy."¹⁵¹ Westinghouse agents were required to calculate their price quotations to three decimal places.

Agents who cut prices were threatened with the loss of their franchises. CGE required its agents to withdraw tenders which did not exactly conform to prices set out in the sales plan.

Defence counsel cited the ruling in Canada Cement Lafarge¹⁵² that conscious parallelism without collusion is not an offence. However, Pennell J. refused to accept the idea that conscious parallelism has read conspiracy out of S.32 of the Combines Investigation Act. He said, "I am of the opinion that the theory of oligopoly pricing is irrelevant to the determination of whether or not the accused have offended the proscription of them under the conspiracy section of the Act."¹⁵³ But he would not go so far as to say that proof of parallel business behaviour conclusively establishes an agreement contrary to S.32¹⁵⁴

Mr. Justice Pennell found the three lamp manufacturers guilty of the conspiracy charge. He did so by inferring the existence of an agreement (which he later held to be an undue lessening of competition) among the defendants on the basis of at least eight pieces of documentary evidence. A number consisted of letters to competitors. For example, after one of CGE's agents won a tender by quoting a 5% discount for cash rather than the 2% specified in the sales plan, a CGE executive wrote to the Westinghouse district manager indicating that the agent would receive no profit on the transaction as the difference between the tender price and the franchised dealer's price was to be donated to charity! The CGE executive described this as "the only fair solution to the problem" and invited the Westinghouse executive to call him if further information was required.¹⁵⁵ Pennell J. drew the following conclusions:

It contradicts experience that a man occupying the position of a sales manager of C.G.E. should inform his competitor of a breach of C.G.E.'s sales plan by a C.G.E. agent unless there was an arrangement between the competitors.¹⁵⁶

Describing the letter as "a document which speaks volumes" the Judge went on to say,

Genuine competitors do not make reports of their business transactions to their rivals ... This was not the conduct of a competitor but of a sales manager who believed that the accused were united in an agreement, express or implied, to act together and pursue a common purpose.¹⁵⁷

He then quoted a Sylvania inter-office memorandum which indicated that Sylvania had notified Westinghouse and CGE about a \$60.00 "error" in a quotation to the Vancouver School Board. Mr. Justice Pennell asks the following

questions:

Why should there be need to inform a competitor of an error made within one's own marketing system? What right would a competitor have to complain to a rival's head office of genuine competition?¹⁵⁸

He then points out, "the document is very intelligible if there was an agreement among the accused to abide by their sales plan."¹⁵⁹

Similar letters and memoranda are cited. In one a CGE executive, in reference to tenders submitted to the Federal Government, stated "... it is obvious that Sylvania is not operating under the policy we established many years ago."¹⁶⁰ In another, a Sylvania executive, concerned over some anomalies in the various pricing schedules states, "Propose that someone will be in touch with their friends up the river [Westinghouse] regarding these differences and an understanding will be reached before any action is taken."¹⁶¹ A confidential Sylvania memorandum of October 3, 1963 would appear to indicate that the big three lamp makers arrangement included restrictions on the variety of lamps to be produced. It stated:

... we are all in agreement that this [the addition of more 750 hour lamps] would not be in keeping with our main objective of recent years to reduce the number and quantity of types that have to be supplied to the C&I [commercial and industrial] market.¹⁶²

After reviewing the eight pieces of documentary evidence, Mr. Justice Pennell noted that there were sound business reasons for Westinghouse and Sylvania to adopt the CGE sales plans.¹⁶³ He also noted the defence view that all three were "sophisticated companies" and "through a sophisticated set of signals, the defendants had the potential to communicate effectively with one another and co-ordinate their activities without conspiratorial meetings."¹⁶⁴ This is precisely the public policy dilemma. Because market action and reaction, without direct verbal or written communication, contain very significant information to the leading firms in an oligopoly, they are often able to closely coordinate their activities without collusion in the legal sense and without resort to any of the "plus factors" mentioned in the American cases. If the documentary evidence of direct communication between the lamp companies did not exist in this case it is extremely unlikely that any judge would have found a violation of S.32.

Mr. Justice Pennell arrived at the following conclusions:

(i) The published price lists of Sylvania and Westinghouse were aligned to those of CGE and that "list prices were usually - but not invariably - the market price."¹⁶⁵ Because CGE did not initiate all the price changes, which were immediately followed by all firms, it could only

be considered a "barometric" price leader.

(ii) "That the continuing communications among the defendants went far beyond the alleged business purpose of purchasing lamps from one another."¹⁶⁶ Pennell J. was most concerned about the substance of these communications. In addition, "There were intra-defendant company communications, direct and indirect, at several levels of the distribution system, checking on deviations by competitors on price quotations and on prices charged by competitors for like products."¹⁶⁷

In general, Mr. Justice Pennell was "not able to reconcile the substantial unanimity of action taken by the accused with price conscious parallelism"¹⁶⁸ In other words, the defendants actions were more closely coordinated than would result from non-collusive oligopoly through conscious parallelism without communication among the firms. The Judge goes on to assert:

Communication is the essence of every conspiracy for only by it can common purpose be proved. Sustained consideration of the evidence bring conviction to my mind that there was an agreement among the accused to introduce and maintain an industry sales plan, thereby eliminating and suppressing price competition among themselves.¹⁶⁹

Having found that an agreement existed, the Judge had to determine if it lessened competition unduly. With respect to the meaning of the term he reviewed the definition given in R. v. Elliott,¹⁷⁰ the rulings of the Supreme Court (Duff J.) in Weidman v. Shragge¹⁷¹ and in Howard Smith¹⁷² (Cartwright J.). He then noted that the virtual monopoly doctrine enunciated by Mr. Justice Cartwright in 1957 was not followed in the Abitibi¹⁷³ case, or by Laskin J.A. (as he then was) in his dissent in the Beamish Construction¹⁷⁴ case. Pennell J. then reviewed the behaviour of the defendants during the course of the conspiracy, finding that the allegations of predatory conduct were untenable and that imports had not been impeded.¹⁷⁵ He also held that consignment contracts are not illegal, but he indicated that the test under the Combines Investigation Act "looks past the form of the arrangement to the use which is being made of that arrangement."¹⁷⁶ Pennell J. stated that "the distinctive feature of the agreement was not the advance announcement of sales plans or prices but a requirement of adherence without deviation to the prices and terms publicly announced. ... The surveillance of the consignment system is significant as it shows the degree to which the accused were concerned to escape the influence of the competitive market."¹⁷⁷ He held that:

any one of the accused acting alone perhaps might legitimately have required total adherence to its sales plan. An act harmless when done by one takes on the form of conspiracy when done by three dominating the market and acting in concert¹⁷⁸

But the question remains. If each of the lamp companies independently adopted the CGE sales plan and required its agents to closely adhere to its terms and did so without any intercompany written or verbal communication, would such actions be defined as "acting in concert." Would a conspiracy be inferred from such parallel behaviour?

Pennell J. ruled that as a result of the three firms adopting very similar sales plans, including the consignment system, "price competition was stifled" and "when the product is homogeneous, price is a fortiori the most important aspect of competition."¹⁷⁹ He acknowledged that while price competition did occur, more so during the 1959 plan, it was of the "sporadic hit-and-run" variety and not the "free and open competition to which the public is entitled."¹⁸⁰ In holding the lessening of competition to be undue, Mr. Justice Pennell adopted the words of Cartwright J. that "the accused had arrogated to themselves the power to carry on their activities virtually unaffected by the influence of competition."¹⁸¹

V. Conclusions and Implications for Public Policy

Conscious parallelism, particularly in the form of closely coordinated oligopoly behaviour without collusion, constitutes one of the major problems of competition policy. The Canadian courts have refused to condemn even consistent and closely parallel action by members of an oligopoly unless the Crown can show there was, or the Court can infer, either a tacit or express agreement. While the law on conspiracies has long held that direct proof of an agreement is unnecessary and that it may be inferred from the whole of the circumstantial evidence, an inference prejudicial to the accused not simply on the basis of whether the facts are consistent with the accused's guilt, but whether they are inconsistent with any other rational conclusion. Although it may not be difficult, on the basis of economic analysis, to meet the second part of the test, it may be quite easy for Canadian judges (who proudly proclaim they are not professed economists) to be able to find other "rational" explanations of parallel behaviour by businessmen.

The Atlantic Sugar case¹⁸² illustrates the difficulty of attacking a close knit oligopoly with the conventional legal tools of conspiracy. Agreement in the legal sense was unnecessary. The three dominant firms were able to obtain

the same result by consciously parallel behaviour. When the number of firms with significant shares of the market is small and the product is homogeneous, each firm without communicating verbally or in writing is able to independently arrive at the same price structure. All exhibit very similar behaviour patterns and inter firm competition is confined to activities which are unlikely really hurt financially. As Donald Eldon points out, an oligopoly

. . . tends to develop a plane of competition, some recognition by the group of sellers as to the forms which competition will ordinarily take. Marked cutting of prices tends to occur only when the stable pattern of the industry is temporarily broken, as by the entry of a new firm into the market or by a determined bid by an established firm for a larger share of the market.¹⁸³

We must recognize that the single most important industrial phenomenon facing competition policy - closely coordinated oligopoly without collusion - is beyond the reach of legal tools originally fashioned not to deal with the economic behaviour and effects of oligopoly, but to deal with agreements among individuals to commit acts clearly defined to be illegal. Eldon puts the issue this way:

The root of the [oligopoly] problem lies partly in the fact that antitrust law in North America antedates the time economists became generally greatly concerned with oligopoly. As a result, the law is designed in the less sophisticated terms of pure monopoly and perfect, pure or free competition.¹⁸⁴

What is apparent is that the courts are only just beginning to grapple seriously (e.g. the Armco case¹⁸⁵) with the problem of oligopoly without collusion. The subtleties of oligopolistic competition are only just beginning to be learned. As Eldon remarks,

When oligopolists compete, their moves and counter-moves are more wary and complex. The tendency to live and let live, to reach an understanding about acceptable forms and limits of price competition, to compete in less dangerous spheres than price cutting, makes the element of competition in oligopoly more subtle and sophisticated than in markets characterized by many sellers.¹⁸⁶

The effect, in terms of prices, profits and productive efficiency of a typical collusive oligopolistic solution and one obtained by conscious parallelism is unlikely to be different. Closely coordinated behaviour, achieved by "independent" action through conscious parallelism is apparently beyond the reach of Section 32 of the Combines Investigation Act. If we are serious in our desire to at least inhibit the closest forms of coordination we must fashion

new tools. The definition of an "arrangement" given in the British Basic Slag¹⁸⁷ case is a step in the right direction. From the evidence available in Mackay J.'s judgment it is not clear that if he had adopted this concept he would have convicted the accused in the Atlantic Sugar case. In general, if we are to have more economically-relevant antitrust decisionmaking we must move such prosecutions out of the criminal courts. This is the position advocated by Skeoch, McDonald et al. in the proposals for the Stage II amendments to the Combines Act.¹⁸⁸ David Cayne has suggested that the most serious deficiency of the judge-made, combines law in Canada has been the development of "rigid rules which vary with the form of industrial conduct rather than with its substance or consequence ..."¹⁸⁹ He goes on to say:

... judicial rejection of the concepts of market power and economic efficiencies in the evaluation of the behaviour of firms has led to the failure to apply similar standards to horizontal integration effected through different means.¹⁹⁰

Cayne's term horizontal integration includes both mergers and oligopolistic interdependence. With respect to the latter, he points out that the only difference between price leadership and conscious parallel action in an oligopoly and other forms of collusive action is that "the communication [among competitors] can take place indirectly through the market system itself."¹⁹¹ He argues that since the effects are the same, "it is meaningless to predicate the legality of the resulting market power upon the character of the communicative process itself."¹⁹² Precisely! But the law in this regard is hostage to precedents quite inappropriate to the economic nature of the problem of non-collusive oligopoly.

However, having read the analysis of the Canadian cases, it is important to be mindful of the fundamental public policy dilemma with respect to oligopoly. If we condemn conscious parallelism, price leadership and other forms of non-collusive (in the legal sense) oligopoly behaviour and try to require that such firms behave independently, in the sense of ignoring, their self-interest in the context of their mutual dependence, we are asking them to behave irrationally. It is true that one of the characteristics of firms operating in an oligopoly (particularly those with differentiated products and/or barriers to entry) is that they have, jointly, considerable discretion over the combination of price and output at which they will operate. In theory, therefore, it is possible for the firms to arrive at a level of price and output identical (assuming no economies of scale) to that of perfect competition. On the other hand, the result could be closer to that of a true monopolist. In general, firms not only recognize their interdependence, but

are able to act upon it to obtain the benefits of the market power they possess. So the typical oligopolistic solution is characterized by higher prices (smaller outputs) and higher profits than would occur if the number of firms was sufficiently large that firms were unable to act on any perceived interdependence. At the same time, we observe little in the way of price competition, although there may be active non-price rivalry. What may be unobservable is the existence of inefficiency in production and distribution in lieu of excess profits.

In the Canadian setting in which small size of the domestic market together with economies of scale apparently requires that we accept a relatively small number of domestic producers in many industries, the alternative policy approaches to the problem of conscious parallelism would appear to be as follows:

1. Dependence on self-regulation and self-policing by firms involved;
2. Direct, well financed and continuous government surveillance of individual industry performance;
3. Adoption of a pro-competition program to include:
 - a) Per se prohibition of many of the "plus factors" identified in this paper in industries where relatively high levels of concentration exist.
 - b) A program of time-staged tariff reductions for all concentrated industries which exhibit poor economic performance.
 - c) Per se proscription of all forms of refusal to deal and exclusive territorial distribution systems.
 - d) Per se prohibition of selective geographic price discrimination by dominant firms.

The adoption of the first alternative is equivalent to doing nothing other than continuing to attack overt or tacit agreements subject to Section 32 of the Combines Investigation Act. Businessmen clearly understand the benefits of having conscious parallelism immune from combines prosecution. The Canadian Manufacturers Association in its submission to the Government on the Skeoch-McDonald Report wants to insure that parallel behaviour without collusion is not subject to attack.¹⁹³ When we view such self-regulation in the context of a weak anti-merger policy the result will almost certainly be higher prices, higher profits and perhaps higher costs as more and more industries become concentrated oligopolies able to effect close coordination through conscious parallelism.

The second alternative, public intervention in light of undesirable economic performance by an industry or group of firms, would represent a major departure in Canadian public policy. Combines law has historically been conduct or behaviour oriented. For example, in conspiracy cases the approach might be characterized as "once undue then per se illegal." That is, the judges have ruled that once proof of a conspiracy has been established (by direct evidence or by proper inference) they have specifically refused to consider the economic performance which has or would have resulted from the illegal agreement.¹⁹⁴ The determination of what constitutes an agreement to restrain or lessen competition unduly has been based on the proportion of the market which has been subject to the conspiracy. While Canadian judges have not espoused any specific structural standard, by inference from the decided cases it would appear that if one-half or more of the output in the relevant market is produced by firms party to the arrangement, it will constitute an undue lessening of competition.¹⁹⁵

The adoption of a performance standard obviously begs the question, "What measures of performance will be used?" It also requires us to determine the minimum socially-acceptable level of performance on each of the measures of firm and industry performance. The necessity for making tradeoffs also comes to mind. What do we do if an industry exhibits significant excess profits over a span of five to ten years, while at the same time is perceived as an aggressive innovator in methods of production and in introducing new products?

Certainly not the least of our problems with this approach is to determine the appropriate remedy if the government deems performance to be unsatisfactory. In 1973, the Monopolies Commission in the United Kingdom published a report on parallel pricing in five industries.¹⁹⁶ Where parallel pricing occurred in the absence of any formal agreement the Commission saw only two types of practicable remedial action other than dissolution: the prohibition of mergers and the reduction of barriers to entry including the reduction of tariffs; and direct public supervision of prices. In its report on the breakfast cereal industry, in which the largest firm accounted for 60 percent of the market and the next two a combined 30 percent, the Commission opted for the direct supervision remedy and commented:

We see no practical means of changing the structure of the industry or the nature of competition in the industry in such a way as to ensure the maintenance of price restraint on Kellogg, ... We therefore recommend that Kellogg's profit rates should be kept under review and that Kellogg should be required to seek Government approval before making any increase in the prices of its breakfast cereals.¹⁹⁷

If we were to adopt such direct supervision of pricing we would, in effect, be involved in Anti-Inflation Board-type surveillance of many industries in Canada on a permanent basis. Both the cost of this type of intervention and its political acceptability must be severely questioned.

With respect to the third alternative, the adoption of a "pro-competition program", we shall concentrate on points (a) and (b) as the case for (c) and (d) has been made eloquently by Milton Moore.¹⁹⁸ Industrial organization

economists have long sought to use the tariff as an active instrument of competition policy. Efficiency reasons (a small domestic market coupled with important economies of scale) implies that the number of domestic producers must be small in many Canadian industries. Under such conditions we expect that the domestic producers will practice limit pricing i.e. the price set by domestic producers will be equal to the price of the closely substitutable products made abroad plus tariffs and transportation costs. Where the effective rate of protection is such that the limit price permits inefficiency or excess profits, there is a strong case for reducing or eliminating it. Currently, under S.28 of the Combines Investigation Act the Cabinet is empowered to reduce tariffs in conspiracy, merger and monopoly cases where the "disadvantage to the public is presently being facilitated by the duties of customs imposed on the article or on any like article ..." This potentially powerful weapon has been used in only one case.¹⁹⁹ While Skeoch-McDonald et al. challenge the idea that tariff reductions, without more, will assure long term dynamic efficiency,²⁰⁰ we are confident that in many cases such reductions will have the effect of reducing the prices paid by Canadian consumers and will also put pressure on domestic firms to produce and distribute efficiently.

From a competition policy perspective (particularly when structural deconcentration is not desirable for reasons of economies of scale) a "second best" solution for oligopolies is to obtain price and output combinations closer to the competitive equilibrium than would occur if we left non-collusive oligopoly alone. Since, in many oligopolies, the close coordination of interfirm behaviour is facilitated or even brought about by what have been referred to as "plus factors," in the American cases, one practical alternative for public policy is to attempt to severely inhibit the use of these aids to close-knit oligopoly behaviour. We must rid ourselves of the idea that nothing can be done (outside of preventing collusive agreements) to upset the high price-high profit (and perhaps inefficient) oligopolistic equilibrium. We believe that energetic and consistent attacks on the plus factors listed above (and any new

ones that may be developed) will result in greater variability in prices and, on average, lower prices than would occur if the authorities permitted oligopolists to use these coordinating devices. While we are not sanguine that the result will closely approximate the outcome if a genuinely competitive market structure prevailed, we are confident that the benefits outweigh the costs. We also appreciate the fact that even a per se prohibition of the great variety of plus factors will not enable public officials to attack cases of pure conscious parallelism where the firms neither engage in collusion or find it necessary to resort to one of the prohibited coordinating devices. Under our proposal, mature, smoothly functioning, concentrated oligopolies who can coordinate their behaviour without colluding or using one of the plus factors would be beyond the reach of the law. More drastic changes in public policy would be required to attack that problem.

Regrettably, but necessarily, a public policy attack on the plus factors implies that policy actions will be aimed mainly at symptoms (business conduct) rather than at the structural causes of the ability of firms to closely coordinate their behaviour. The mutual dependence of firms in an oligopoly is obvious. Our policy actions must be aimed at reducing their ability to act on the recognition of their interdependence to the detriment of the public interest.

Footnotes

1. Donald Eldon, The Oligopoly Problem in Competition Policy, Background Study for the Interim Report on Competition Policy, Ottawa, Economic Council of Canada, 1970, mimeo, p. 151.
2. Milton Moore, How Much Price Competition? Montreal, McGill-Queen's Press, 1970, p. 3.
3. Ibid. p. 5, emphasis added.
4. Fortunately, in most markets the ability to maintain supra-competitive prices is constrained by a variety of market forces. These constraints on pricing include the elasticity of product demand, availability of substitute products, possibility of entry by new domestic firms, threat of imports, costs of communications, cost differences among firms, product heterogeneity, lumpiness and infrequency of orders, and technological change.

There can be little doubt that these factors impose constraints on the ability of even closely-coordinated oligopolists to extract supra-competitive prices on a continuous long term basis. However, the fact that there may be some limits is little consolation to Canadian consumers who must pay supra-competitive prices over an extended period of time.
5. The meaning of "independent behaviour" in the context of a concentrated oligopoly will be discussed below.
6. United Kingdom Monopolies Commission, Report on Breakfast Cereals, London, 1973, para. 79.
7. Funk and Wagnall's Standard College Dictionary (Canadian Edition) Toronto, Fitzhenry and Whiteside, 1974, p. 684.
8. Edward Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1933.
9. Alexander Henderson, "The Theory of Duopoly," Quarterly Journal of Economics, Vol. 68, November 1954, p. 565.
10. Almarin Phillips, Market Structure, Organization and Performance, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962.
11. Ibid. p. 28.
12. Ibid. p. 29.
13. Of the 48 conspiracy convictions in Canada since 1889 resulting in fines (excluding those in which only individuals or an association was the subject of the prosecution), in 21 eight or more firms were involved. In some of the more elaborate conspiracies a considerably larger number of firms were convicted i.e. In the Container Materials case ((1942), S.C.R.

147; 77 C.C.C. 129; 1 D.L.R. 529) 19 firms were convicted. In the Howard Smith case ((1957) S.C.R. 403; 26 C.R. 1; 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R. (2d) 449) 28 firms were convicted. In Abitibi ((1961) 131 C.C.C. 201; 36 C.P.R. 188) the number was 17, in the Montreal Linen Supply case ((1967) 2 Ex. C.R. 53; 2 C.R.N.S. 62; 52 C.P.R. 189) it was 18 and in the Paperboard Shipping Containers case ((1969) 2 O.R. 305; 3 C.C.C. 263; 5 D.L.R. (3rd) 263; 59 C.P.R. 97) 20 firms were convicted.

14. Phillips, p. 31.
15. Phillips, p. 73.
- 16.. Donald F. Turner, "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," Harvard Law Review, Vol. 75, February 1962, 655-706.
17. Supra note 10.
18. R. A. Posner, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach," Stanford Law Review, Vol. 21, June 1969, 1562-1606.
19. C-O-Two Fire Equipment Co. v. U.S., 197 F. 2d. 497 (9th Cir., 1952), certiorari denied 344 U.S. 892 (1952).
20. F. M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago, Rand McNally, 1970, p. 447.
21. U.S. v. Charles Pfizer & Co., Inc., et al. 281 F. Supp 937 (1968).
22. From pp. 6200-6201 of the trial record as cited by Scherer p. 447. In April 1970 the conviction by the trial court jury was reversed and a new trial ordered. After that trial Canella J. dismissed the indictment (367 F. Supp 91 (S.D.N.Y. 1973)).
23. Eastern States Lumber Dealers' Association v. U.S., 234 U.S. 600 (1914) at p. 612.
24. Interstate Circuit Inc., et al. v. U.S., 307 U.S. 208, (1939).
25. American Tobacco Co. et al. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946). In this case Professor William Nicholls has argued: ("The Tobacco Case of 1946," American Economic Review, Vol. 39, May 1949, p. 285) that "there was not a whit of evidence that a common plan had even been contemplated or proposed."
26. American Column and Lumber Co. et al. v. U.S. 257 U.S. 377 (1921).
27. U.S. v. American Linseed Oil Co. et al., 262 U.S. 371 (1923).
28. Tag Manufacturers Institute et al. v. Federal Trade Commission, 43 F.T.C. 499 (1947), 174 F. 2d. 452 (1949) A useful brief discussion of these cases can be found in Scherer pp. 449-452.

29. See *F.T.C. v. Cement Institute et al.*, 333 U.S. 683 (1948); and *Triangle Conduit and Cable Co. et al. v. F.T.C.*, 168 F. 2d 175 (1948).
30. 346 U.S. 537 (1954).
31. Ibid. pp. 540-541.
32. Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1968, p. 113.
33. *R. v. Canada Cement Lafarge Ltd. et al.* (1973) 12 C.P.R. (2d) 12.
34. Ibid. p. 17.
35. Ibid. p. 15. The speech was originally given to the Public Buyers Group of British Columbia, Vancouver, October 12, 1962, mimeo p. 8.
36. *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at pp. 148, 149, 150.
37. *R. v. Canada Cement Lafarge Ltd. et al.* (1973) 12 C.P.R. (2d) 12 at p. 14
38. Ibid. p. 14.
39. *R. v. Aluminum Company of Canada Limited et al.* (1976) 22 C.P.R. (2d) 216.
40. Ibid. p. 220.
41. Ibid. p. 220.
42. Ibid. p. 221.
43. Ibid. p. 221.
44. *R. v. Armco Canada Ltd. et al.* (1975) 21 C.C.C. (2d) 129.
45. Report of the Restrictive Trade Practices Commission, The Metal Culvert Industry, Ontario and Quebec, Ottawa, Queen's Printer, 1970.
46. *R. v. Armco Canada Ltd. et al.* (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 136.
47. Ibid. p. 135.
48. The Metal Culvert Industry ... p. 29.
49. *R. v. Armco Canada Ltd. et al.* (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 138.
50. Ibid., p. 138.
51. Ibid., p. 138.
52. Ibid., p. 141.
53. Ibid., p. 141-142.
54. Hodge's Case (1838) 2 Lewin 225; 168 E.R. 1136.

55. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 144
56. Ibid, p. 144
57. Ibid, p. 145
58. Ibid, p. 146
59. Milton Moore, How Much Price Competition?, Montreal, McGill-Queens Press, 1970, pp. 31-36
60. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 146
61. Ibid, p. 146
62. Ibid, p. 146
63. Ibid, p. 147
64. Ibid, p. 147
65. Ibid, p. 147
66. Ibid, p. 147
67. Ibid, pp. 147-148
68. Ibid, p. 148
69. Ibid, p. 148
70. Ibid, pp. 148-149
71. Ibid, p. 152
72. Ibid, p. 155
73. Ibid, p. 155
74. Ibid, p. 155
75. Ibid, p. 156
76. Ibid, p. 156
77. Ibid, p. 158
78. Ibid, p. 159
79. Ibid, p. 162
80. Ibid, p. 173
81. Ibid, p. 179
82. Ibid, p. 178
83. Ibid, p. 178
84. Ibid, p. 180
85. Ibid, p. 179

86. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 182
87. Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, for the year ended March 31, 1968, Ottawa, Queens Printer, 1968, pp. 43-46
88. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 183
89. Ibid, p. 184
90. Ibid, p. 187
91. On a related point see James Sherbaniuk, "Identical bids usually result of market forces," Financial Post, May 5, 1973, pp. C-1, C-2.
92. R. v. Armco Canada Ltd. et al. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129 at p. 188
93. Ibid, p. 188
94. Ibid, p. 189 Note the application of the rule in Hodge's case in the last sentence
95. Ibid, p. 191
96. Ibid, p. 191
97. Ibid, p. 191
98. R. v. Armco Canada Ltd. et al. Unreported judgment, Ontario Court of Appeal, February 2, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 221-3
99. Ibid, p. 8
100. Ibid, p. 9
101. Ibid, p. 9
102. Ibid, p. 9
103. Ibid, p. 10
104. Ibid, p. 11
105. R. v. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al., Unreported judgment, Superior Court of Quebec (Criminal Side), December 19, 1975, Bureau of Competition Policy mimeo 243-1, 103 pp.
106. Ibid, p. 48
107. Ibid, p. 81
108. Ibid, p. 81
109. Ibid, p. 84
110. Ibid, p. 85
111. Ibid, p. 85

112. Ibid. p. 86.
113. Ibid. p. 46.
114. Ibid. p. 91.
115. Ibid. p. 87.
116. Ibid. p. 88.
117. Ibid. p. 88.
118. Ibid. p. 90.
119. See note 93 supra.
120. Ibid. p. 90.
121. Ibid. p. 93.
122. In March of 1962 the big three Eastern refiners were charged with conspiring to lessen competition unduly in the production etc. of refined sugar under Sec. 498(1)(d) of the Criminal Code. All three pleaded guilty and were convicted on January 15, 1963. On March 18, 1963 they were each fined \$25,000 and made subject to an order prohibiting the continuation or repetition of the offence. Atlantic Sugar appealed the terms of the Prohibition Order. A final decision upholding the Crown and the original terms of the order was not rendered until July 21, 1967 by the Quebec Court of Appeal. Although the indictment specified only the period 1950 to 1953 the Restrictive Trade Practices Commission indicated in their Report (1960) it had "extended over a considerable number of years." (p. 9) In his Statement of Evidence presented to the RTPC, the Director of Investigation and Research alleged that the arrangements among the companies included the following:
 - "- They tacitly agreed to have uniform basis prices
 - They agreed upon package and grade price differentials
 - They agreed upon transportation charges and upon certain delivered prices, [and]
 - They arranged their sales policies so as to bring about that the proportion, done by each of them, of the total business should remain from year to year substantially constraint. To this end, they exchanged sales figures at frequent intervals."(RTPC Report, 1960, pp. 9-10)

The RTPC concluded "that the practices engaged in by the three eastern refiners with respect to common basis prices, equalized freight rates, common package differentials and the use of price concessions have limited competition in the eastern sugar refining industry to the detriment of the public." (p. 312)

The Prohibition Order of 1963 enjoined the companies from agreeing to a uniform selling price, fixing uniform package and grade differentials, fixing agreed transportation charges, and arranging their sales policies so as to maintain constant market shares. It is evident from reading

Mackay J.'s judgement in the current case, which is under appeal, that the refiners had sufficiently perfected their close coordination act that an agreement in the legal sense was unnecessary.

123. R. v. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al. Unreported judgement Superior Court of Quebec (Criminal Side) December 19, 1975, Bureau of Competition mimeo 243-1, p. 94.
124. Report by the Tariff Board. Reference No. 146, Sugar, Ottawa, Information Canada, 1971, Table 24, p. 68.
125. Ibid. p. 71.
126. Ibid. p. 72.
127. Ibid. p. 75, Table 28.
128. R. v. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al. Unreported judgement, Superior Court of Quebec (Criminal Side) December 19, 1975, Bureau of Competition Policy mimeo 243-1, p. 95.
129. Ibid. p. 95.
130. Ibid. p. 95.
131. Ibid. p. 96, emphasis added.

In the next sentence Mackay J. indicates that Cartier Sugar's initial difficulties (until it was purchased by Steinberg) was not due to its inability to obtain a share of the market. Earlier the judge had cited the testimony of a Cartier executive that it followed Redpath's price list in which he said "if I had a lower price, I would be swamped [with orders] and I wouldn't be able to satisfy my customers." (p. 93) The point the judge ignored (although he reviewed the testimony earlier in his opinion) was the efforts by Atlantic Sugar's president to have Cartier's entry "nipped in the bud" (p. 80) by Senator Salter Hayden who was also a director of Atlantic and Chairman of the powerful Standing Senate Committee on Banking, Trade and Finance. The major refiner's efforts to block the entry and later to reduce the competitive effectiveness of Cartier are set out in a 60 page letter dated December 11, 1970 to the Minister of Finance by Robin Austin (the founder of Cartier) Their tactics, according to Austin) included: attempts to block financing, attempts to cut off the supply of raw sugar, bomb threats, threats of refusal to deal with suppliers who dealt with Cartier, and sabotaging raw sugar cargos with bailing twine.

132. R. v. Canadian General Electric Company Limited et al. Unreported judgement, Supreme Court of Ontario, Toronto, September 2, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 253-1, 77 pages.
133. Ibid. p. 13.
134. Ibid. p. 14.
135. Ibid. p. 14.

136. Ibid. p. 14.
137. Ibid. p. 16-18.
138. Ibid. p. 18. The Report of the Restrictive Trade Practices Commission, Electric Large Lamps, (Ottawa, Information Canada, 1971, p. 7) indicates that such price cutting occurred during 1956, 1957, and 1958.
139. Ibid. p. 20.
140. Ibid. p. 21.
141. Ibid. p. 22.
142. Ibid. p. 22.
143. Ibid. p. 24.
144. Ibid. p. 25.
145. Ibid. p. 25.
146. Ibid. p. 27.
147. Ibid. p. 29.
148. Restrictive Trade Practices Commission, Electric Large Lamps, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 69.
149. Ibid. p. 69.
150. R. v. Canadian General Electric Company Limited et al. Unreported judgement, Supreme Court of Ontario, Toronto, September 2, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 253-1, p. 31.
151. Ibid. p. 34.
152. Supra note 33.
153. Ibid. p. 39.
154. Ibid. p. 40.
155. Ibid. p. 40.
156. Ibid. p. 41, emphasis added.
157. Ibid. p. 41.
158. Ibid. p. 42.
159. Ibid. p. 42.
160. Ibid. p. 43.

161. Ibid. p. 44.
162. Ibid. p. 45.
163. Ibid. p. 46.
164. Ibid. p. 47.
165. Ibid. p. 48.
166. Ibid. p. 49.
167. Ibid. p. 49.
168. Ibid. p. 49.
169. Ibid. p. 49.
170. (1905) 9 O.L.R. 648; 9 C.C.C. 505.
171. (1912) 46 S.C.R.1.
172. Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen (1957) S.C.R. 403; 26 C.R.1, 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R. (2d) 449.
173. R. v. Abitibi Power and Paper Co. Ltd. et al. (1961) 131 C.C.C. 201; 36 C.P.R. 188.
174. R. v. J. J. Beamish Construction Company Ltd. et al. (1968) 1 O.R. 5; 65 D.L.R. (2d) 260; 53 C.P.R. 43; 2 C.C.C. 5.
175. R. v. Canadian General Electric ... pp. 55-57.
176. Ibid. p. 58.
177. Ibid. p. 58.
178. Ibid. p. 58.
179. Ibid. p. 59.
180. Ibid. p. 62.
181. Ibid. p. 62. All of the accused were acquitted on both of the monopoly counts.
182. Supra note 105.
183. Eldon, p. 151.
184. Eldon, p. 150.
185. Supra, note 44.
186. Eldon, p. 152.

187. *British Basic Slag v. Registrar of Restrictive Trading Agreements*, (1963) 1 W.L.R. 727 at p. 739 and 747.
188. L. A. Skeoch et al. Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy, Ottawa, Supply and Services Canada, 1976.
189. David Cayne, "Market Power, Efficiencies, and the Public Interest in Canadian Combines Law", McGill Law Journal, Vol. 16, No. 3, 1970, p. 489.
190. Ibid. p. 489.
191. Ibid. p. 519.
192. Ibid. p. 519.
193. Sheldon E. Gordon, "Business split on its liking for Skeoch plan", Financial Post, October 2, 1976, p. 4.
194. In general two points are made here. First it is irrelevant whether or not the agreement was necessary for the protection of the business interests of the parties to it. This point was first established by Anglin J. in *Weidman v. Shragge* (1912) 46 S.C.R. 1 at pp. 42-43 where he said,

"under [S. 498] the prime question certainly must be, does it [the agreement] however advantageous or even necessary for the protection of the business interests of the parties, impose improper, inordinate, excessive, or oppressive restrictions upon that competition the benefit of which is the right of everyone?"

These words were quoted and adopted by Mignault J. in the second Supreme Court case, *Stinson-Reeb Builders Supply Co. Ltd. et al. v. The King* (1929) 52 C.C.C. 66 at p. 69 and also by Kerwin J. (Rinfret J. concurring) in *Container Materials Ltd. et al. v. The King* (1942) 78 C.C.C. 129 at pp. 140-141.

Second, Canadian judges refuse to consider the reasonableness of prices subject to the agreement or to evaluate the behaviour in terms of the economic conditions facing the industry. The classic statement was given by Spence J. in *R. v. Howard Smith Paper Mills Ltd. et al.* (1954) 109 C.C.C. 65 at pp. 95-96

"Surely the determination of whether or not an agreement to lessen competition was 'undue' by a survey of one industry's profits against profits of industry generally, and a survey of the movements of the prices in that one industry against the movement of prices generally, would put the Court to the essentially non-judicial task of judging between conflicting theories of economy and conflicting political theories. It would entail the Court being required to conjecture - and by a Court it would be nothing more than mere conjecture, since the Court is not trained to act as an arbitrator of

economics - whether better or worse results would have occurred to the public if free and untrammelled competition had been permitted to run its course." Later Mr. Justice Spence stated (p. 97) "I am not free to find that the lessening intended was not undue on the basis of any necessity of the industry, reasonableness of prices resulting or reasonableness of profits obtained."

195. See R. v. Abitibi supra note 173.
196. United Kingdom Monopolies Commission, Parallel Pricing, London, 1973.
197. United Kingdom Monopolies Commission, Report on Breakfast Cereals, London, 1973, para. 102.
198. Milton Moore, How Much Price Competition, Montreal, McGill-Queen's Press, 1970. pp. 142-178.
199. This case is described in V. W. Bladen, An Introduction to Political Economy, Toronto, University of Toronto Press, 1941, p. 202.
200. L. A. Skeoch et al. p. 38.

V. MERGERS

Section 31.71 of Bill C-42 provides for civil procedures whereby mergers challenged by the Competition Policy Advocate may be brought before the Competition Board for evaluation and adjudication. We strongly applaud the transference of the merger provisions from criminal to civil law. As can be seen from our discussion of the Canadian Breweries, B.C. Sugar and K. C. Irving cases in the paper below, the criminal standard of proof of specific public detriment under the existing S.33 of the Combines Investigation Act, has made it impossible to obtain a conviction, even for a series of mergers which results in a monopoly. Given the nature of the Canadian economy, we recognize the necessity to evaluate mergers on a case-by-case basis in which there is a weighing of the relative importance of the merger's effect on competition (through increased concentration) and on efficiency in terms of economies of scale. However, we do have a number of concerns with S.31.71.

No Registration Required

No doubt in response to the torrent of criticism received in respect to the provisions of Bill C-256 in 1971, there is no requirement that any merger be registered with the Competition Policy Advocate. In addition, horizontal mergers involving less than 20 percent of any market are exempted from the provisions. The lack of registration throws the burden of ascertaining if an economically significant merger has occurred entirely on the Advocate. Mergers involving large firms (in absolute terms) will almost certainly be reported in the trade press or daily newspapers. Yet, where smaller firms are involved, even though they may jointly account for a highly significant share of a specific product market, their merging may be hard to detect. In any event, the Advocate almost certainly must begin his analysis of the potential effects of a merger after the merger has been consummated. Since "unscrambling the eggs" is difficult and perhaps expensive, we believe the Competition Board will be loath to use this remedy even if it believes it is warranted. It would be far better to require advance notification of potentially significant mergers, or at the very least, to permit the Advocate to obtain an interim injunction requiring the two firms to "hold separate" their

assets, operations etc. as is done in the United States under S.7 of the Clayton Act. The actual consummation of a merger in which two independent entities become one amounts to "the creation of facts" (to use a recent Israeli expression) which will militate against appropriate remedies.

Pre-clearance

There is no provision in Bill C-42 relating to the pre-clearance of mergers; a procedure whereby firms could obtain a binding commitment from the Advocate that a proposed merger would not be challenged if carried out. Yet, the lack of any registration provision, the lack of any recognized pre-clearance provisions, the nature of at least some merger transactions and the risk averse nature of businessmen will combine to put pressure on the Advocate to operate an extensive "program of compliance" as it is now called. Under the existing program, the Director of Investigation and Research cannot give a binding clearance, but he can (and does) indicate that on the basis of the facts placed before him, he would have no reason to commence an inquiry under the Act.

The view expressed by the authors of the Skeoch-McDonald Report, is as follows:

In general, we view the program of compliance as a necessary evil rather than a virtue, and we hope and expect that a shift in jurisdiction to the Board [which would utilize civil procedures] from the criminal courts will decrease the need for the program. It should not be a pillar of enforcement policy. (p. 336)

Skeoch and McDonald argue that it would, in general, not be desirable to allow the Director to grant legally effective clearances as part of a Program of Compliance. (p. 335) They do not wish businessmen to "negotiate" their plans with the Director.

However, the Report did recommend an advance clearance procedure for proposed mergers and specialization arrangements. "Clearance of a merger would insulate the firms involved from any further proceedings before the Board challenging the merger. In the case of a rationalization agreement, clearance would be available to clarify the status of the arrangement". (p. 334)

The fundamental problem with a program of compliance is that it is conducted entirely in private. A weak Director could "approve" of mergers which could be prohibited or modified. "Getting along with business" by being "practical", in the context of the Program of Compliance, may result in a failure to uphold the public interest in an effective competition policy. In addition, we have the problem of an enforcement official acting in something of a judicial capacity. The limits of the law should be properly explored in the courts (or before a designated civil tribunal) and not in the confines of the Director's office.

On the other hand, we recognize the desire of business firms to determine expeditiously whether the proposed merger will be challenged. We therefore propose that mergers involving firms above a certain absolute size in terms of assets or sales or possessing at least a certain percentage of an economically significant market be required to register a proposed merger with the Advocate. At the same time, we recommend that the Advocate be required to indicate to the parties to the proposed merger, within 60 days of the filing of a "registration statement", whether or not he will challenge the merger. We envisage that the "registration statement" will be similar to those filed by firms with the U.S. Federal Trade Commission.

Where the Advocate grants a binding pre-clearance for a merger we recommend that within one month after the merger is either publicly announced or is effected that the Advocate be required to make public the "registration statement" and related documents. We believe that this should ensure that the Advocate takes a conscientious approach to mergers.

Who Gets the Benefits?

We recognize that where substantial gains in efficiency, in terms of real resource savings to the economy, are made as a result of a merger it is a question of distribution, not allocation, whether such gains accrue to shareholders or to customers. There is no requirement in Bill C-42, unlike Bill C-256 in 1971, that even part of such efficiency gains be passed on to consumers. While the Competition Board may (in effect) allow a merger subject to the firms meeting certain specified conditions under S.31.71(6), it is not required to do so even if competition is significantly lessened as a result of the merger, so long as the merger "has brought about or that there is a high

probability that it will bring about substantial gains in efficiency, by way of savings of resources for the Canadian economy that are not reasonably attainable by means other than the merger". Therefore, with increased market power and improved efficiency, not only should the efficiency gains go to the shareholders (or managers in the form of high salaries), but the firm's owners will also probably be able to enjoy the benefits of increased market power in the form of higher prices and profits. This prospect can hardly be expected to be cheered by consumers - for whose benefit we are told, the economy ought to be run.

We recommend that where a merger would result in a significant lessening of competition and substantial gains in efficiency that the Competition Board be required to make the approval of the merger conditional upon one or more of the acts indicated in S.31.71(6), where such a condition would prevent the merger from lessening competition substantially or insure that a significant proportion of the efficiency gains are obtained by consumers.

The Need for an Effective Merger Policy

It is our contention, based on the material that follows, that Canada has had a totally ineffective anti-merger policy. The fact that the Director of Investigation and Research must seek to deter mergers through the program of compliance or his position on merger law (see his Annual Report 1965/66, pp. 18-22) amounts to "jaw-bone" control. It is an expression of the fact that the Crown cannot wield the statutory provisions with any effect. No doubt you will be told by the representatives of business firms and trade associations that virtually all mergers should be permitted and that mergers have not adversely affected the competitiveness of Canadian industry. Our analysis of the limited information available, indicates that such a sanguine conclusion can be challenged. The following section is slightly adapted from W. T. Stanbury, "Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique" (Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No. 1, June 1977, pp. 32-41).

On the basis of empirical evidence both limited and at least 15 years old, Skeoch and McDonald (hereafter S-McD) assert

it would appear that the general merger movement in Canada has not given rise to any important consequences for the economy.¹

The failure to consider even gross merger behaviour in the decade and one-half, following Reuber and Roseman's work² epitomizes S-McD's neglect of available empirical research or their unwillingness to produce any new research of their own. More effort is devoted to a discussion of the Swedish experience than our own.

Even a brief review of the gross merger data would appear to challenge S-McD's conclusion. In every five-year period between 1945 and 1974 the number of mergers in Canada (foreign and domestic) increased significantly as can be seen in Table 1.

Table 1
Foreign and Domestic Mergers
in Canada, 1945-1975

Period	Foreign		Domestic		Both	
	Total	Annual Avg.	Total	Annual Avg.	Total	Annual Avg.
1945-49	76	15.2	213	42.6	289	57.8
1950-54	113	22.6	285	57.0	398	79.6
1955-59	271	54.2	427	85.4	698	139.6
1960-64	379	75.8	580	116.0	959	191.8
1965-69	571	114.2	998	199.6	1572	314.4
1970-74	610	122.0	1282	256.4	1892	378.4
1975 prelim.	109	109	155	155	264	264

Sources: Grant L. Reuber and Frank Roseman, The Takeover of Canadian Firms, 1945-61, Ottawa, Queen's Printer, 1969, p. 192; Annual Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act for the year ended March 31, 1976, Ottawa, Supply and Services Canada, 1976, p. 39.

Between 1945 and 1949 mergers were occurring at a rate of 58 per year. By 1955-59 the annual average had more than doubled to 140 and by 1965-69 it had more than doubled again to an average of 314 per year. Between 1970 and 1974 the annual average increased to 378. In the six years between 1968 and 1973 the number of foreign and domestic mergers in Canada averaged 417 per year.

Admittedly the data in Table 1 are simply a count of the total number of mergers. The significance of the six-fold increase in the number of mergers in Canada in the post-war period is harder to determine. However, the Economic Council's Interim Report gives us a clue. For the period 1945-1961 they estimated

that between eight and 17 percent of all mergers (accounting for 34 to 49 percent of the total value of assets acquired) "might have qualified for a public interest examination".³ If we assume the lower percentage is applicable, then between 1970 and 1974 about 30 mergers per year might have come under examination. This number is significantly higher than the number actually investigated by the Director of Investigation and Research. From the data presented, it is not possible to clearly refute S-McD's conclusion, but they would appear to suggest a far less sanguine conclusion than theirs.

Having told us not to take a negative view of virtually unrestricted merger behaviour of firms in Canada on the basis of inadequate knowledge, S-McD have committed the reverse sin. They sound like Pollyannas. It is not possible to correctly assess the economic impact of mergers by referring to data at the high level of aggregation that S-McD do. We need to know at the level of the theoretical industry what impact mergers have had on both the many facets industry structure and on the various dimensions of economic performance. While S-McD do look at Reuber and Roseman's data at the level of the industry subdivision, they still fail to relate the number of mergers by "industry" grouping to, for example, their impact on the level of concentration in theoretical industries. Why, for example, have S-McD not reviewed at least the published reports of the Restrictive Trade Practices Commission to see what impact the absence of any deterrent to mergers in Canada has had. A look at some of these "case studies" might be useful.

(1) Zinc Oxide⁴

Prior to 1954 there were only two producers of zinc oxide in Canada, a third entered in 1954. The market shares, in terms of domestic sales, were as follows:⁵

	<u>1953</u>	<u>1954</u>	<u>1955</u>	<u>1956</u>
Zinc Oxide Co.	50.6%	53.4%	59.1%	59.8%
Durham Industries	35.5	33.9	23.9	20.4
Canadian Felling	-	1.5	9.1	14.2
Imports	13.9	11.2	7.9	5.6

Assisted by discriminatory discounts from its supplier, the Zinc Oxide Co. engaged in a price war on its rivals between January 1955 and February 1956. In June 1955 it acquired the shares of Durham Industries and unsuccessfully tried to acquire Canadian Felling. As a result, the Zinc Oxide Co. accounted for 80 percent of domestic sales in 1956.

Regrettably the Director was more concerned about the price discrimination aspects of the case than he was about the merger. The RTPC gave only passing mention to the effects of a merger in a three firm industry with high entry barriers. It did not make any recommendation with respect to the merger. No prosecution followed.

(ii) Yeast⁶

In June 1955 Standard Brands acquired Best Yeast Limited, reducing the number of yeast producers in Canada from three to two. The market shares of the Canadian producers were as follows:⁷

	1955			1956	
	<u>Dried*</u>	<u>Fresh*</u>	<u>Total†</u>	<u>Eastern Region†</u>	<u>Canada</u>
Standard Brands	86.5%	70.5%	76.0%	80.7%	77.0%
Best Yeast	7.5	7.4	8.8	14.9	6.5
Lallemand	6.0	22.1	15.2	4.4	16.5

* shipments

† sales

Following the merger Standard Brands had become the only manufacturer of fresh consumers' yeast, and almost the sole producer of both bakers' and consumers' dried yeast in the Eastern Region. In the fresh bakers' yeast market, in spite of Lallemand's rising share, it still had 75 percent of this market. Imports were negligible - despite modest tariffs.

The director took a structural approach in his appearance before the RTPC and indicated that there were no economies of production or distribution to compensate for the reduction in competition.⁸

The RTPC was "not convinced that the public interest has been so affected as to justify recommending action to alter the integration of manufacturing operations ... or dissolution of the merger"⁹ They did, however, recommend that Standard not be permitted to acquire Lallemand or any new competitor who entered. The Department of Justice did not prosecute.

(iii) Vancouver Newspapers¹⁰

Prior the merger there had been one morning newspaper (the Herald) and two evening newspapers (Province, and Sun) under three independent ownerships.

The Southam interests bought the Herald and closed it down. The Sun and Province were merged into Pacific Press.

The result was that the city was left with two papers owned by the same firm (which was owned 50:50 by Sun Publishing and Southam). Substantial economies and a stronger morning newspaper were promised.

Large national advertisers were not significantly affected by the combination advertising policy - but local advertisers (for general advertising) were adversely affected. Except for the increase in rates, local retail advertisers were not significantly affected. The RTPC concluded that the combined rate was detrimental to local advertisers, but that the increase in rates by the Sun "was nothing exceptional".¹¹

An agreement was made to purportedly establish and maintain the editorial independence of the two papers. On the matter of "an independent press and the public interest" the RTPC noted that, "when all the newspapers in a city come under single management, then the dangers of a single channel of communication become clearly evident".¹² But the Commission stated it "must accept the evidence ... that as a business enterprise the Province did not have prospects of earnings which would lead its owners to continue its operations indefinitely".¹³

Despite the claim of the general manager of Pacific Press after the merger of savings of \$500,000 per year, the RTPC found that "An examination of the monthly and consolidated statements does not reveal any significant economies because of the consolidation of operations".¹⁴ But the two papers jointly did earn higher profits than they had separately. No action was taken.

(iv) Meat Packing¹⁵

The RTPC report followed an investigation by the Director of Investigation and Research which arose because of the acquisition in 1955 of Calgary Packers (the tenth largest meat packer in Canada) and Wilsil Ltd. (the fourth largest meat packer in Canada) by the largest packing firm, Canada Packers. Prior to 1955, Canada Packers together with the other two national packers, Burns and Swift, accounted for over 53% of the total commercial slaughter (over 60% of the cattle and over 50% of the hogs) in Canada. By 1959 the big three accounted for over 60% of ~~laries~~ ^{laries} accounted for between 28.1% and 29.7% of the total commercial production of red meats in Canada.¹⁷ In addition, very detailed evidence was presented showing a high degree of vertical integration by Canada Packers.¹⁸ The firm was

the initiator in consulting competitors about price policy since early 1930's. It had a history of coercive actions against competitors in all regions - aimed at depressing meat prices or bidding up cattle prices. Since it was formed in 1927 as a combination of four firms, Canada Packers' published statements indicated profits much higher than the average for all firms in the meat-packing industry in Canada and the U.S.¹⁹ Plant economies of scale were found not to be significant. Nor were there significant economies of multiplant operation - the individual plants and divisions of Canada Packers were found to be run largely as separate businesses.²⁰

The RTPC concluded that the two acquisitions

significantly lessened the competition previously existing in the trade in livestock on the markets where the purchases of Calgary Packers and Wilsil Limited were made and because of the inter-relationship of markets could be expected to lessen the competitive effect resulting from such independent buying in Canada livestock markets generally. It also appears to the Commission to be likely that competition in the distribution of meat products was also lessened as a result of such acquisitions.²¹

The Commission recommended, in light of the Beer and Sugar decisions²² that a court order be obtained dissolving the mergers or if unsuccessful that an order be obtained prohibiting Canada Packers from making further acquisitions which would lessen competition in the meat packing industry.²³ After having the report reviewed by two outside counsel the Department of Justice declined to prosecute.

(v) Acquisition of Wilson Boxes by Bathurst Power and Paper²⁴

In 1958 Bathurst and St. Lawrence Corporation (both integrated firms) accounted for 60% of total shipments of shipping containers in Eastern Canada and were also important on the Prairies. These two were also the leading box-board mills. In 1954 Bathurst, St. Lawrence and Hinde and Dauch (wholly owned by St. Lawrence) supplied 77% of total domestic shipments made in Canada.²⁵

In December 1958 Bathurst bought a minority position in Maritime Paper Products - one of the two container plants in the region - the other was Wilson. For 20 years Bathurst and Wilson had an understanding that the former would have the right of first refusal if Wilson was put up for sale. In the Maritimes region the shares of the market were as follows:²⁶

	<u>1959</u>	<u>1960</u>
Maritime Paper Products (minority interest held by Bathurst)	52.4%	47.6%
Wilson Boxes	45.3	38.6
Hygrade	2.4	13.9

In light of the decisions in the only two litigated merger cases, the RTPC concluded "On the basis of shipping container production therefore, Bathurst, as a result of acquiring Wilson, was not in a position to carry on its business virtually free from the influence of competition"²⁷ - despite the fact it controlled 86% of production in 1960.

The Commission stated that the dissolution of mergers could not be relied upon to affect the restoration of competitive conditions in the shipping container industry.²⁸ As in the Shipping Containers Report²⁹ the RTPC recommended changes be made in tariffs to restore competitive conditions. The Crown neither prosecuted nor lowered the tariffs.

(vi) Propane³⁰

The RTPC report was concerned with merger and monopoly by Rockgas Propane and its parent Great Northern Gas Utilities as well as a combination and conspiracy by Rockgas and Shell to obstruct a new entrant - Western Propane in the Lower Mainland and Fraser Valley.

Between 1953 and 1961 Rockgas acquired five propane distributions in B.C. One of the acquired firms (Bibby's) was about the same size as Rockgas and they were in close competition in all major market areas. The two combined had 90% to 100% of the five major markets in 1956.³¹ After acquiring Bibby's the only competitors were Industrial Propane in North Burnaby and Duncan Rockgas on Vancouver Island. Duncan Rockgas was purchased in 1958 leaving Rockgas with a monopoly on Vancouver Island as Industrial Propane was selling to special use customers. The result of these acquisitions was to give Rockgas a monopoly position in several markets.

The RTPC ruled "through their acquisition of competitors, Great Northern and Rockgas obtained substantial or complete control over the propane market..."³² in five markets at various times between 1957 and 1961. In 1957 these regional markets made up 67.2% of total propane sales in B.C. However, the RTPC made no recommendations as to the application of remedies provided in the Combines Investigation Act. The Crown did not prosecute.

(vii) Cast Iron Soil Pipe³³

The RTPC Report was concerned with Anthes Imperial Ltd., the largest producer in Canada (its share of national market increased from 34.7% in 1960 to 39.5% in 1962 to 48.7% in 1964) and Associated Foundry Ltd. (3.98% in 1960, 9.02% in 1963 and 11.11% in 1964) in which Anthes held shares.

Canadian tariffs effectively insulated the domestic manufacturers. From 1960 to 1965 imports ranged from 0.6 to 2.6% of domestic production.

In late 1962 Associated bought S.P. & F. Foundry Limited giving Associated a virtual monopoly in B.C. In May 1963 Anthes bought a one-sixth interest in Associated and increased this to 20% in December 1964 and received a seat on the board of directors.

On the basis that Anthes' share the market from the Lakehead through Alberta increased from 72% (1960) to 78% (1963) to 92% (1964) the RTPC concluded that "Anthes was in substantial or complete control of the business of cast iron soil pipe and fittings manufacture (in the region) in the period January 1, 1952 to June 30, 1965"³⁴ With respect to Anthes purchase of an interest in Associated the RTPC stated that it "eliminated possible competition between the two Companies in British Columbia and in the Prairie market".³⁵ They concluded it "was a merger detrimental to the public", and recommended that Anthes be required to "divest itself of all interest in Associated".³⁶

On February 22, 1973 the Crown obtained an Order of Prohibition preventing Anthes from acquiring an interest in Associated (Anthes, after the RTPC report had sold its shares) and requiring it to licence competitors to manufacture its patented mechanical joints.³⁷

(viii) Discontinued Inquiries

During the period 1960/61 to 1974/75 we have been able to review the discontinued inquiries of the Director of Investigation and Research.³⁸ From a 50% random sample of these inquiries we analyzed the files in some detail. Listed in Table 2 are data on the completed mergers which were not challenged by the Director. Because of confidentiality requirements, the firms, the industry on the year cannot be identified. The purpose of the list is to indicate, crudely at least, the impact of such mergers on the level of concentration in the relevant market.

Table 2

Impact of Mergers in Canada,
A 50% Sample of Discontinued Inquiries, 1960-1975

<u>Merger</u>	<u>Market Share of acquiring firm</u>	<u>acquired firm</u>	<u>Change in Concentration</u>
A	28%	39%	67/2 to 67/1
B (i)	18	11	83/3 to 94/3
(ii)	25	12	79/3 to 91/3
C (i)	18	6	n.a.
(ii)	23	18	n.a.
D	new entrant	m 90+	95/3 to 95/1
E (i)	31	9	n.a.
(ii)	21	9	n.a.
(iii)	40	15	n.a.
F	n.a.	n.a.	100/8 to 80/1
G	12	9	n.a.
H	44	16	73/3 to 84/3
I	<1	m 21	still low
J	48	7	low, imports very significant
K	62	10	100/3 to 100/2
L	12	4	n.a.
M	33	49	96/3 to 96/2
N (i)	35	26	n.a.
(ii)	43	18	n.a.
(iii)	50	11	n.a.

Notes: n.a. = not available; m = more than one firm acquired at same time;
 (i), (ii) etc. = various regional markets

Source: See footnote 38

While these are but summary statistics, the market share of the firm resulting from the merger in many of the cases would surely qualify as economically significant and worthy of a more detailed investigation. However, given the unfavourable decisions in the Beer and Sugar cases,³⁹ the Director did not prosecute. In light of the data in Table 1, the seven case studies which we have discussed, and the data in Table 2, it seems that S-McD's assertion that mergers in Canada have not given rise to important consequences for the economy is open to serious challenge.

We might add one more point on their treatment of mergers. S-McD see mergers occurring as the result of the pressure of exogenous market forces impelled by fundamental changes in technology, organization and shifts in tastes. Yet the drive for size (independently of profitability), the role of merger promoters, stock market booms, and purely pecuniary tax considerations

all play a prominent role in the analysis of major merger movements. Reuber and Roseman state that for the period 1945-1961 about 92 percent of the year-to-year variation in the number of foreign mergers in Canada can be explained by the number of mergers occurring in the U.S., the supply of internally generated corporate funds in Canada and the number of commercial failures in Canada.⁴⁰ Only two variables, variations in Canadian stock market prices and variations in the supply of internally generated funds in Canada, explain 89 percent of the year-to-year variation in the number of domestic mergers.⁴¹

S-McD place considerable emphasis on the economic benefits associated with mergers. Reuber and Roseman indicate that "negligible or no economies were reported in 56 percent of the foreign acquisitions and in 41 percent of the domestic acquisitions".⁴² Of the reported reasons for the merger "to achieve economies of scale or to reduce costs" was ranked as the most important reason in only 1.3% of foreign mergers and 5.0% of domestic mergers. Of all the reasons given (allowing for multiple reasons) economies of scale or reduction of costs accounted for 4.7% of the reasons given for foreign mergers and 7.1% of those for domestic mergers.⁴³ Where such economies or cost reductions did occur they most frequently took the form of "economies in administration".⁴⁴ As for the significance of economies or cost savings Reuber and Roseman conclude that they were not an important consideration.⁴⁵

Finally, it would appear that S-McD seem incapable of recognizing a possible divergence between the social desirability of at least some business combinations and the private benefits accruing only to the participants. As Milton Moore has pointed out it is usually assumed that there is an efficiency basis for corporate mergers, "specifically that the purpose is to increase the profits of the acquiring company or the two companies both of whom voluntarily merge by lowering costs or effecting other economies".⁴⁶ But, he goes on, "while the profit motive is usually present, it is not necessarily the profit of shareholders and more importantly that effecting economies in production is rarely realized or intended ... the objectives are increased market power, the increase or protection of market shares, conglomerate size and diversification and sometimes capital gains for those who manage the merger or engineer the takeover".⁴⁷ With respect to the market for business enterprises, Moore argues,

Almost any evidence supporting the conclusion that the market for companies operates to the benefit of the public interest is accepted, but proof positive beyond the peradventure of a doubt is required for evidence of public detriment.⁴⁸

If the social benefits of mergers are significant let them be demonstrated at least in terms of pragmatic predictions. But more importantly, let them be shared with consumers. S-McD's draft legislation makes no requirement that the alleged benefits of mergers be passed on to the public as was the case in Bill C-256. It provided that mergers would not be dissolved if it "has led, is leading or likely to lead to a significant improvement in efficiency ..." and "a substantial part of the benefits derived or to be derived from such improvement of efficiency are being or are likely to be passed on by the market or by order of the Tribunal, to the public within a reasonable time in the form of lower prices or better products".⁴⁹ S-McD's weighing of enhanced artificial restraints with real-cost economies as the result of a merger recognizes the double-edged nature of many mergers in this country. But if we are to tolerate enhanced artificial restraints, the effects of which will be passed on to the public, we should also insist that the offsetting real-cost economies also be demonstrably passed on.

Section V: Footnotes

1. Lawrence A. Skeoch with Bruce C. McDonald, (in consultation with Michel Belanger, Reuben M. Bromstein, and William O. Twaits), Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1976, p. 56.
2. Grant L. Reuber and Frank Roseman, The Takeover of Canadian Firms, 1945-61, Ottawa, Queen's Printer, 1969.
3. Economic Council of Canada, Interim Report on Competition Policy, Ottawa, Queen's Printer 1969, p. 86.
4. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Introduction, Distribution and Sale of Zinc Oxide, Ottawa, 1958.
5. Ibid., p. 166.
6. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Manufacture, Distribution and Sale of Yeast, Ottawa, 1958.
7. Ibid., pp. 67, 38-40.
8. Ibid., pp. 3-4.
9. Ibid., p. 79.
10. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Production and Supply of Newspapers in the City of Vancouver and Elsewhere in the Province of British Columbia, Ottawa, 1960.
11. Ibid., p. 160.
12. Ibid., p. 171.
13. Ibid., p. 175.
14. Ibid., p. 156.
15. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Meat Packing Industry and the Acquisition of Wilsil Limited and Calgary Packers Limited by Canada Packers Limited, Ottawa, 1961.
16. Ibid., p. 411.
17. Ibid., p. 447.
18. Ibid., Ch. VII to XIV.
19. Ibid., pp. 389-407.
20. Ibid., Ch. XX.
21. Ibid., p. 427.

22. R. v. Canadian Breweries Ltd. [1960] O.R. 601; 33 C.R.1; 126 C.C.C. 133.
R. v. British Columbia Sugar Refining Company Limited et al. (1960)
32 W.W.R. (N.S.) 577; 129 C.C.C.7.
23. Note 15, p. 430.
24. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Acquisition by Bathurst Power and Paper Company Limited of Wilson Boxes, Limited, Ottawa, 1962.
25. Ibid., p. 4.
26. Ibid., p. 13.
27. Ibid., p. 13.
28. Ibid., p. 14.
29. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Manufacture, Distribution and Sale of Paperboard Shipping Containers and Related Products, Ottawa, 1962, pp. 661-662.
30. Restrictive Trade Practices Commission, Report in Connection with the Production, Distribution, and Sale of Propane in British Columbia, Ottawa, 1965.
31. Ibid., p. 17.
32. Ibid., pp. 69-70.
33. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Production, Manufacture, Supply, and Sale of Cast Iron Soil Pipe and Fittings in the Prairie Provinces and British Columbia, Ottawa, 1967.
34. Ibid., p. 78.
35. Ibid., p. 87.
36. Ibid., p. 87.
37. Annual Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act for the year ended March 31, 1973, Ottawa, Information Canada, p. 47.
38. This was done as part of a larger study on the administration and enforcement of the Combines Investigation Act being conducted by the author and Paul K. Gorecki of the Bureau of Competition Policy.
39. See footnote 22.
40. Reuber and Roseman, op.cit., p. 28.
41. Reuber and Roseman, op.cit., p. 29.

42. Reuber and Roseman, op.cit., p. 96.
43. Reuber and Roseman, op.cit., p. 78.
44. Reuber and Roseman, op.cit., p. 95.
45. Reuber and Roseman, op.cit., p. 97.
46. Milton Moore, "Mergers and Price Agreements", in The Conference Board in Canada, Canada's Competition Policy, Ottawa, 1972, p. 25.
47. Ibid., pp. 25, 26.
48. Milton Moore, How Much Price Competition? Montreal, McGill-Queen's Press, 1970, p. 10.
49. Bill C-256, The Competition Act, first reading June 29, 1971, S.34(3).

The Failure of Existing Canadian Merger Policy

The article that follows traces the development the rather limited jurisprudence in respect to mergers in Canada. This is a small amount of redundancy in some of the material cited above. However, the argument is easier to follow if we provide the complete text of our paper on merger policy.

to appear in Canadian Business Law Journal (1977)

BENIGN MONOPOLY: CANADIAN MERGER POLICY AND THE K. C. IRVING CASE

by

G. B. Reschenthaler
Associate Professor
Faculty of Business Administration
University of Alberta

W. T. Stanbury
Associate Professor
Faculty of Commerce
University of British Columbia

I. Introduction

The Supreme Court of Canada in a unanimous decision in Regina v. K. C. Irving Limited et al.,¹ on November 16, 1976, provided a definitive interpretation of the merger and monopoly sections of the Combines Investigation Act.² This was the first ruling by the Supreme Court of Canada in a merger or monopoly case in Canada, and it substantiated some of the worst fears of enforcement officials and others interested in an effective competition policy in this country.

The merger and monopoly provisions in the existing legislation, which had been the subject of considerable ambiguity were directly addressed in the case. There is little doubt that the Supreme Court has rejected even the mildest version of a structural approach³ to mergers or monopoly. It has adopted a conduct approach in which specific detriment must be shown beyond a reasonable doubt before an offence will be created. With this decision the anti-merger provisions virtually cease to be of any effect. As was predicted by Borgsdorf in 1973,⁴ any enforcement under the existing legislation must come under the monopolization provisions of the law. In effect, the Supreme Court has ruled that the creation of a monopoly by merger, even if the elimination of all competitors is involved, is legal provided the Crown cannot show specific detriment to the public interest flowing from the merger or the resulting monopoly.

The decision comes at a time when the Government has just brought before Parliament revisions in the merger and monopolization legislation.

On March 16, 1977 the Minister of Consumer and Corporate Affairs, Anthony C. Abbott, introduced in the House of Commons, the Stage II revisions to Canada's competition policy in the form of Bill C-42, the Competition Act, which renames and revises the existing Combines Investigation Act. In it mergers cease to be a criminal offence but may be brought before a new quasi-judicial tribunal (the Competition Board) in civil proceedings. Monopoly and

acts of monopolization are subject to both civil and criminal proceedings.⁵ In the authors' view, these changes constitute an enormous improvement over the present, obviously ineffective legislation. However, the constitutionality of these proposals has been questioned;⁶ therefore, the existing law continues to be relevant. The K. C. Irving decision makes it clear that under the present legislation in respect to mergers and monopoly, all of which is embedded in a criminal statute, there is no longer an operative merger policy.

II. Development of the Canadian Legislation

One year before the passage of the Sherman Act of 1890, Canada passed its first anti-combines legislation in the form of An Act for the Prevention and Suppression of combinations in Restraint of Trade. This Act, later incorporated into the Criminal Code, sought to prohibit conspiracies in restraint of trade which lessened competition unduly. It was not until 1910, with the introduction of the first Combines Investigation Act that the words merger or monopoly were to be found in the legislation when a combine was defined to include "what is known as a trust, monopoly or merger".⁸ While the Act was amended in 1923, the wording remained very similar.⁹ It was not until the 1935 amendments that the concept of detriment emerged. Like the earlier provisions, "a merger, trust, or monopoly" was defined in the general context of a "combine" and was declared to be unlawful where the "combination, merger, trust, or monopoly has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others"¹⁰ S.4 of the 1935 Act defined a merger, trust or monopoly as "one or more persons

- (a) who has or have purchased, leased or otherwise acquired any control over or interest in the whole or part of the business of another; or
- (b) who either substantially or completely control, throughout any particular area or district in Canada or throughout Canada the class or species of business in which he is or they are engaged, and extends and applies only to the business of manufacturing, producing, transporting, purchasing, supplying, storing or dealing in commodities which may be the subject of trade or commerce: Provided that this subsection shall not be construed or applied so as to limit or impair any right or interest derived under The Patent Act, 1935, or under any other statute of Canada.

With the exceptions of making the reference to the Patent Act more general and of renumbering this section as S.2(e) in 1952,¹¹ the legislation in respect to mergers and monopoly was unchanged until the 1960 revisions.

Since August 10, 1960 S.33 of the Combines Investigation Act has provided that "every person who is a party or privy to or knowingly assists in, or in the formation of, a merger or monopoly is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years". Merger and monopoly are defined separately as follows:¹²

"merger" means the acquisition by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets or otherwise, of any control over or interest in the whole or part of the business of a competitor, supplier, customer or any other person, whereby competition

- (a) in a trade or industry,
- (b) among the sources of supply of a trade or industry,
- (c) among the outlets for sales of a trade or industry, or
- (d) otherwise than in paragraphs (a), (b) and (c),

is or is likely to be lessened to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others;

"monopoly" means a situation where one or more persons either substantially or completely control throughout Canada or any area thereof the class or species of business in which they are engaged and have operated such business or are likely to operate it to the detriment or against the interest of the public.

III. Merger Policy in Canada Prior to R. v. K. C. Irving

Canadian merger policy has been the topic of several studies over the past decade¹³ and it is not our wish to review them in detail here. However, all analysis of the policy has been hampered by the lack of a Supreme Court of Canada review of any of the relatively few cases which have emerged.

Prior to 1960 only two cases involving the merger provision came before the courts. In R. v. Canadian Import Co. et al.¹⁴ the Trial Court acquitted

the defendants on the merger count under the Combines Investigation Act and convicted them on several counts of conspiracy under the Criminal Code, S.498. The decision was upheld on appeal.¹⁵ Acquittal on the merger charge occurred because the trial Judge ruled that the acquisitions did not constitute "acquisitions or purchases of a business" within the meaning of the statute. He never got to the issue of detriment. In the second case, R. v. Staples et al.,¹⁶ Robertson J. concluded that "the ownership of one-half the shares in a company does not give control of the company, and, in my opinion, does not give any control of the company's business which is an asset or property of the company".¹⁷

In 1960 the Crown lost two important merger cases, R. v. Canadian Breweries Ltd.¹⁸ and R. v. British Columbia Sugar Refining Company Limited et al.¹⁹ Neither case was appealed.

The Beer Case

In the first case, Canadian Breweries acquired 23 plants between 1930 and 1953. A number of these were closed down shortly after they were acquired. Its market share in Ontario increased from 11.2% in 1931 to 60.9% in 1958.²⁰

Mr. Justice McRuer's decision rested on two important points. First, that Canadian Breweries did not have a virtual monopoly in the relevant market. Second, where an industry's prices are regulated by a provincial agency a court must assume that the prices are set in the public interest, except where it is shown that the combine has operated or is likely to operate so as to prevent the regulatory agency from effectively exercising its powers.

This case, like B.C. Sugar, addressed the merger issue prior to the 1960 amendments. At stake was whether the "merger, trust or monopoly has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others". The two previous merger cases were of no use to Mr. Justice McRuer. Instead, he had to look to the approximately 40 conspiracy cases decided between 1889 and 1959. It is important to remember that a "merger, trust or monopoly was defined in the general context of a 'combine'".

From the four leading cases decided by the Supreme Court of Canada he distilled "all the relevant principles of law to be considered" with respect to the application of the conspiracy cases under the Criminal Code to the merger case at hand.

These principles may be concisely, although not exhaustively stated as follows: (1) the enactment is for the protection of the specific public interest in free competition; (2) all agreements which, if carried into effect, would prevent or lessen competition unduly are illegal; (3) in deciding whether the agreed limitations on competition are undue the Court does not consider the advantages to be gained by those that are parties to the agreement, nor is the Court called upon to be a judge of what the economic welfare of the public may be from time to time... If the agreement in question, when carried into effect, would give the parties to it the power to carry on their business virtually without competition, the agreement would be an agreement to unduly lessen competition.²¹

With respect to the interpretation of the word unduly in the conspiracy section, McRuer C.J.H.C. adopted the words of Cartwright J. (Locke J. concurring) in the latest Supreme Court decision in the Howard Smith²² case. What Cartwright J. said was this:

In essence the decisions referred to appear to me to hold that an agreement to prevent or lessen competition in commercial activities of the sort described in the section becomes criminal when the prevention or lessening agreed upon reaches the point at which the participants in the agreement become free to carry on those activities virtually unaffected by the influence of competition, which influence Parliament is taken to regard as an indispensable protection of the public interest; that it is the arrogation to the members of the combination of the power to carry on their activities without competition which is rendered unlawful; that the question whether the power so obtained is in fact misused is treated as irrelevant ... (emphasis supplied)

In other words, once it is established that there is 'an agreement to carry the prevention or lessening of competition to the point mentioned, injury to the public interest is conclusively presumed, and the parties to the agreement are liable to be convicted ...²³

After quoting these words, McRuer J. gave his summary of their meaning in Canadian Breweries:

As I interpret the language of Cartwright J. it means this: If the agreement in question, when carried into effect, would give the parties to it the power to carry on their business virtually without competition, the agreement would be an agreement to unduly lessen competition.²⁴

Mr. Justice McRuer then went on to state "that for the purposes of this prosecution the words [have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public] have substantially the same meaning as the word 'unduly' as used in its context in S.411"²⁵ [the conspiracy section in the Criminal Code]. After reviewing the acquisitions of Canadian Breweries in Ontario, McRuer J. concluded that "the acquisition of plants did not have the effect of giving the accused a monopoly or substantial monopoly in the market".²⁶ He emphasized that Molsons and Labatts, remained "aggressive competitors" in Ontario and Quebec.²⁷ The irony of the McRuer J.'s adoption of the virtual monopoly test is that he had specifically rejected the same test five years earlier in a conspiracy case, saying "... I do not think it is essential to the Crown's case to show a monopoly or virtual monopoly".²⁸

The second point of law established in Canadian Breweries dealt with application of the Combines Investigation Act to a "regulated industry". Asserting that "In the last analysis, the object of the Act is to protect the public interest against the enhancement of prices that will flow from combines defined in the Act"²⁹ Mr. Justice McRuer went on to rule:

When a provincial legislature has conferred on a Commission or Board the power to regulate an industry and fix prices, and the power has been exercised, the Court must assume that the power is exercised in the public interest. In such cases, in order to succeed in a prosecution laid under the Combines Act with respect to the operation of a combine, I think it must be shown that the combine has operated, or is likely to operate, so as to hinder or prevent the provincial body from effectively exercising the powers given to it to protect the public interest. If the evidence shows that by reason of a merger the accused is given a substantial monopoly in the market, this onus, in my opinion, would be discharged.³⁰

Earlier in his judgment McRuer J. had reiterated the well-established rule that the level of prices established as a result of a combine is not a matter to be considered by the court, but rather whether competition is lessened unduly.

He then disposed of the allegation that the merger resulted in public detriment in the form of high prices by saying, "where the prices are set by the [Liquor Control] Board, the consideration of the price structure is entirely its responsibility".³¹ Professor Jones has severely challenged the idea that Liquor Control Board of Ontario in fact effectively controlled the price structure.³² Rather, his evidence suggests that price increases were agreed upon by the major brewers and simply validated by the Board.

McRuer J. then noted that a number of areas of competition (quality, taste services and packaging) were not affected by the regulatory authority and that with respect to these "limited areas, competition between the accused and others in the industry is without restraint".³³ Finding that Canadian Breweries had neither "the power to carry on its activities without competition, or substantially without competition"³⁴ nor "the power to control the market so that the provincial authority in the exercise of its duty in fixing prices cannot protect the public interest",³⁵ McRuer J. acquitted the company.

The Sugar Case

The virtual monopoly test also emerged in the second case decided in 1960, the B.C. Sugar case. With the acquisition of control of Manitoba Sugar Company Limited in 1956, British Columbia Sugar Refining Co. Ltd. obtained a monopoly in the production of refined sugar in B.C., Alberta, and Saskatchewan, and about three-quarters of the Manitoba market. In the B.C. Sugar decision Williams C.J.Q.B. addressed himself not only to the question of the virtual elimination of competition, but to the question of public detriment as well. While he was at pains to distinguish a merger case under Section 32 of the Combines Act from conspiracy cases under Section 498 or 411 of the Criminal Code,³⁶ and the B.C. Sugar case from Canadian Breweries (e.g., on the particulars in the indictment and the matter of provincial regulation), Williams J. effectively reiterated the virtual monopoly requirement in B.C. Sugar. He concluded that competition had not been extinguished since potential competition existed in the form of three Eastern Canadian sugar producers who might have seen fit to expand into the Western Canadian market. On this point the judge stated, "there is nothing that I can see to prevent others, including the eastern refiners or some of them, entering the field of sugar refining in Manitoba at any time. There would seem to be no economic reason, except, perhaps, the effects of overproduction, to prevent them".³⁷

Precisely! Manitoba Sugar already had very substantial excess capacity. The judge himself pointed out that its Winnipeg refinery had a capacity of 80 million pounds per year and the highest rate of production had occurred in 1956 when it produced 62 million pounds.³⁸

With respect to the matter of detriment, he ruled that not only must the Crown "establish excessive or exorbitant profits or prices" (to show public detriment), but "the Crown must also establish a virtual stifling of competition".³⁹ Later he stated, "I have held on the evidence that there is no agreement between the accused and any of the Eastern refiners to stifle or eliminate competition ...".⁴⁰

Mr. Justice Williams made a number of additional points in regard to the interpretation of public detriment. He specifically adopted the words of Lord Parker in Atty-Gen for Australia v. Adelaide S.S. Co. (also adopted by Sidney Smith J.A., Bird J.A. concurring, Davey J.A. dissenting in R. v. Morrey et al.) that "detriment to the public" specifically includes the interests of producers and distributors.⁴¹ He defined producers to include the sugar beet farmers as well as the refiners.⁴²

Williams J. did not equate "unduly" in the conspiracy cases to public detriment in a merger case as McRuer J. had done in Canadian Breweries. He went even further ruling that

it is not all combines that come within the operations of the Combines Act but only those that have operated unduly, or are likely to operate unduly to the detriment or against the interest of the public ...⁴³
(emphasis in the original)

This point was repeated later in the judgment.⁴⁴ With these words he effectively compounded the two tests. A merger must be shown to operate unduly to the public detriment!

Williams J. adopted McRuer J.'s dictum that "the evil [i.e. public detriment] ... which constitutes the offence ... must be shown to flow from the merger and not from collateral acts which might have been the subject of another charge ..."⁴⁵ He therefore rejected any consideration of agreements between B.C. Sugar and the eastern refiners with respect to market sharing arrangements between Saskatchewan and the Lakehead.⁴⁶ Similar treatment was given to the allegations of detriment flowing from all the refiners use of a basing-point pricing system.⁴⁷

On the matter of the possibility of future harm generated by the merger i.e. the phrase "is likely to operate to the detriment or against the interest of the public ..." Mr. Justice Williams noted

The price-fixing procedure, and indeed the whole method of operations of the accused, had come into existence long before the merger complained of and, therefore, cannot in any way be attributed to the merger.⁴⁸

He asserted that the words "is likely to operate ..." "are always related to a specific act or omission, that is, to something done or omitted at a certain and fixed time. Here they must be related to the merger which is being attacked".⁴⁹

What the judge seemed to be saying is that if a wide variety of anti-competitive practices have been used in the past, and not challenged by the Crown, they cannot be cited as evidence of public detriment in a subsequent merger case since they do not flow directly from the creation of the merger. He reiterated this view when he noted that B.C. Sugar had long enjoyed a monopoly in B.C. and Alberta, yet "there never seems to have been any objection to this situation although the Combines Act has been on the statute books since 1923. It would not be an unfair assumption that it was not considered that that situation so existing operated, or was likely to operate, to the detriment of the public etc."⁵⁰ In the words of Alexander Pope, "what ever is, is right!". Alternatively, the failure to enforce the law over a period of time effectively bars prosecution in the future. A strange dictum for an offence for which there is no statute of limitations.

Mr. Justice Williams acquitted B.C. Sugar on all counts for the Crown failed to prove beyond a reasonable doubt "that the merger in question destroyed or even limited competition, even in the area particularly in question".⁵¹ While the Crown filed for leave to appeal, it withdrew its application, partly in the face of Williams J.'s numerous adverse findings of fact.^{51a}

Merger Policy in the 1960's and early 1970's^{51b}

Following the Canadian Breweries and B.C. Sugar decisions the Director of investigation and Research faced a quandry. Should he press the Department of Justice to appeal either or both cases and risk having an Appeal Court (perhaps even the Supreme Court) ratify the decision of the unsatisfactory judgment of the Trial Court? Alternatively, should he bide his time and find a suitable case and try to obtain a conviction with a judgment not relying

upon the virtual monopoly doctrine and very strict requirements of demonstrable public detriment. One such candidate for this approach occurred when the Meat Packing Report⁵² was published.

This Restrictive Trade Practices Commission report followed an investigation by the Director of Investigation and Research which arose because of the acquisition in 1955 of Calgary Packers (the tenth largest meat packer in Canada) and Wilsil Ltd. (the fourth largest meat packer in Canada) by the largest packing firm, Canada Packers. Prior to 1955, Canada Packers together with the other two national packers, Burns and Swift, accounted for over 53% of the total commercial slaughter (over 60% of the cattle and over 50% of the hogs) in Canada. By 1959 the big three accounted for over 60% of both cattle and hogs.⁵³ Between 1955 and 1957 Canada Packers and its subsidiaries accounted for between 28.1% and 29.7% of the total commercial production of red meats in Canada.⁵⁴ In addition, very detailed evidence was presented showing a high degree of vertical integration by Canada Packers.⁵⁵ The firm was the initiator in consulting competitors about price policy from the early 1930's. It had a history of coercive actions against competitors in all regions - aimed at depressing meat prices or bidding up cattle prices. Since it was formed in 1927 as a combination of four firms, Canada Packers' published statements indicated profits much higher than the average for all firms in the meat-packing industry in Canada and the U.S.⁵⁶ Plant economies of scale were found not to be significant. Nor were there significant economies of multiplant operation - the individual plants and divisions of Canada Packers were found to be run largely as separate businesses.⁵⁷

The RTPC concluded that the two acquisitions

significantly lessened the competition previously existing in the trade in livestock on the markets where the purchases of Calgary Packers and Wilsil Limited were made and because of the interrelationship of markets could be expected to lessen the competitive effect resulting from such independent buying in Canada livestock markets generally. It also appears to the Commission to be likely that competition in the distribution of meat products was also lessened as a result of such acquisitions.⁵⁸

The Commission recommended, in light of the Canadian Breweries and B.C. Sugar decisions that a court order be obtained dissolving the mergers or if

unsuccessful that an order be obtained prohibiting Canada Packers from making further acquisitions which would lessen competition in the meat packing industry.⁵⁹ After having the report reviewed by two outside counsel, the Department of Justice declined to prosecute. Perhaps more than any other merger investigation prior to the K. C. Irving case the failure to prosecute following the Meat Packing Report indicated the lack of teeth of the merger provisions in the Combines Investigation Act.

In lieu of prosecutorial action (largely dependent on the Department of Justice) the Director sought to use his Program of Compliance to deter harmful mergers. Toward this end he published the "Position of the Director on Merger Law" in his 1965/66 Annual Report⁶⁰ which set out a list of 12 factors considered by the Combines Branch in assessing whether a merger would have the effect of lessening competition to the detriment or against the interest of the public. With respect to the virtual monopoly test, the Director declined to adopt this test for two reasons. First, he argued, "there is considerable doubt that the words of Cartwright J. can be taken to require for conviction the establishment of a virtual monopoly".⁶¹ He went on to point out that Batshaw J. in the Abitibi case, relying in part on the words of Kellock J. in the Howard Smith case,⁶² had stated that "it cannot be accepted as our law that only those conspiracies are illegal that completely eliminate or virtually eliminate all competition".⁶³ Second, the Director argued that there was an apparent conflict between the judgments in the Canadian Breweries and B.C. Sugar cases and that given by Mr. Justice Laidlaw of the Ontario Court of Appeal in the Electrical Contractors case.⁶⁴

Until the ERCO case⁶⁵ several years later and the K. C. Irving case⁶⁶ five years after that, the Department of Justice (with whom the final decision to prosecute resides) relied on the Director's efforts at the "jawbone" control of mergers rather than seeking a clarification of the jurisprudence in additional courtroom tests. They did so during a period of rapidly rising foreign and domestic mergers in Canada. The Director's merger count, summarized in Table 1, indicates that the average number of mergers per year in the period 1960-64 was 191.8; it rose to 314.4 in the succeeding five-year period and to 378.4 in the period 1970-74.

Table 1
Foreign and Domestic Mergers
in Canada, 1945-1975

<u>Period</u>	<u>Foreign</u>		<u>Domestic</u>		<u>Both</u>	
	<u>Total</u>	<u>Annual Avg.</u>	<u>Total</u>	<u>Annual Avg.</u>	<u>Total</u>	<u>Annual Avg.</u>
1945-49	76	15.2	213	42.6	289	57.8
1950-54	113	22.6	285	57.0	398	79.6
1955-59	271	54.2	427	85.4	698	139.6
1960-64	379	75.8	580	116.0	959	191.8
1965-69	571	114.2	998	199.6	1572	314.4
1970-74	610	122.0	1282	256.4	1892	378.4
1975 prelim.	109	109	155	155	264	264

Sources: Grant L. Reuber and Frank Roseman, The Takeover of Canadian Firms, 1945-61, Ottawa, Queen's Printer, 1969, p. 192; Annual Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act for the year ended March 31, 1976, Ottawa, Supply and Services Canada, 1976, p. 39.

Admittedly the data in Table 1 are simply a count of the total number of mergers. The significance of the six-fold increase in the number of mergers in Canada in the post-war period is harder to determine. However, the Economic Council's Interim Report on Competition Policy gives us a clue. For the period 1945-1961 they estimated that between eight and 17 percent of all mergers (accounting for 34 to 49 percent of the total value of assets acquired) "might have qualified for a public interest examination".⁶⁷ If we assume the lower percentage is applicable, then between 1970 and 1974 about 30 mergers per year might have come under examination. This number is significantly higher than the number actually investigated by the Director of Investigation and Research.

Between 1960 and 1967 the RTPC published seven reports⁶⁸ which dealt with merger situations. In only one case (ERCO) did a prosecution result; in one other (Cast Iron Soil Pipe) the Crown eventually obtained a Prohibition Order preventing a major firm from acquiring an interest in one of its smaller competitors and requiring it to licence competitors to manufacture one of its patented products.⁶⁹

As we have described, amendments to the Combines Investigation Act in 1960 separated the offences of merger and monopoly. Prior to 1960 amendments, a common test was applied to mergers, monopolies and combinations. The old test had been a determination of whether "the combination ... has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public". With the amendments this test was retained for the monopoly offence, but the test for mergers was rephrased so that mergers would be prohibited only if "competition is or is likely to be lessened to the detriment or against the interest of the public" (emphasis added).

Skeoch, in reviewing these changes in 1971, concluded that it "seems reasonable to assume that the purpose was to narrow the gateway through which mergers would be required to pass".⁷⁰ However, he recognized the danger that the Courts might interpret the new legislation in the same way as the old and thus the merger amendments would leave matters unchanged.

While Skeoch acknowledged the present highly unsatisfactory state of the jurisprudence on mergers he did feel justified in concluding that with the 1960 wording that:

... (1) a merger which virtually eliminated competition is illegal, unless (2) it can be justified in terms of advantages conferred on certain segments of the public or unless it comes under public jurisdiction.⁷¹

However, the law as revised is not nearly so clear in its intent. The revised law did not extol the virtues of competition as an end in itself; it merely proscribed mergers which would lessen competition and have, or be likely to have, a detrimental effect on the public. This "double-barreled" interpretation of the words was not the intent of those revising the legislation. The intention was to make clear that detriment to the public was to be measured in terms only of the lessening of competition. In other words, the intention was to make clear precisely that one would not look at the level of prices or the level of profits, etc.

Skeoch and the enforcement officials clearly erred in assuming that detriment could be inferred from a virtual elimination of competitors. Indeed, the Crown's case in K. C. Irving in large measure was based on the inferred validity of this assumption.

The belief that a virtual elimination of competition would justify an inference of detriment is in part rooted in earlier conspiracy cases in Canada and in some of the dicta in Canadian Breweries which we have set out above.

This misinterpretation was possibly reinforced by the lone merger case in which the Crown did succeed. However, the ERCO case,⁷² which has been analyzed in considerable depth elsewhere by Professor McFetridge⁷³ is of limited use for the defendant pleaded guilty to one merger and two monopoly counts. The company possessed a virtual monopoly in Canada in industrial phosphates and had engaged in price discrimination which was detrimental in its effects. With respect to the question of whether a virtual monopoly was necessary to obtain a conviction under the merger section, McFetridge observed,

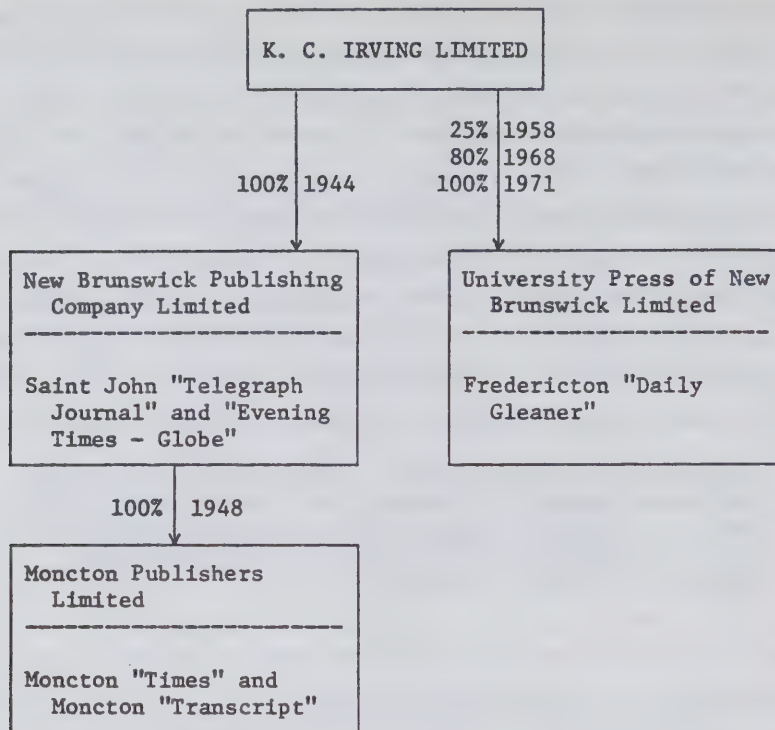
The ERCO case has not lessened the confusion regarding the law on mergers in Canada. It is still a matter of conjecture whether a merger which does not satisfy the virtual monopoly test implied by the beer and sugar decisions would be convicted.⁷⁴

The case was not appealed and given that the virtual monopoly test had been met, it may have been too easy for the Government to conclude that this was the essential aspect of the case.^{74a} While the Crown succeeded with the argument that once a virtual monopoly is shown to exist public detriment is established in the trial court,⁷⁵ both the New Brunswick Court of Appeal and the Supreme Court of Canada specifically rejected it.

IV. The K. C. Irving Case

This review brings us to the current case. The previously unanswered questions and conflicting positions are now clarified and the question of the efficacy of restrictive anti-merger provisions in the Canadian law is handed back to Parliament. Any doubts about the position of the courts have been removed; the ambiguity in the interpretation of the merger and monopoly sections is largely eliminated.

The current case grew out of the purchase by the K. C. Irving Limited and associated companies of all five English language daily newspapers in the province of New Brunswick between 1944 and 1971. The acquisitions and their timing is set out below:⁷⁸



There were two indictments. The first count of the first indictment charged three Irving companies with the formation of a monopoly between the period August 10, 1960 and November 30, 1971. The second count charged the three companies with the formation or operation of a combine in the form of a "merger trust or monopoly" during the period September 8, 1948 to August 9, 1960 via the acquisition of New Brunswick Publishing, Moncton Publishers, The Gleaner Limited and New Brunswick Press Limited. The third count charged the same companies over the same period with the formation or operation of a "merger trust, or monopoly" in the form of a monopoly. In the second indictment K. C. Irving Limited was charged with a merger offence in the period August 10, 1960 to November 30, 1971 resulting from its acquisition of University Press. In summary, the Irving companies were charged with two counts of merger and two of monopoly. In both cases the offences related to the legislation as it existed prior to and following the 1960 amendments.

The Trial Court's Decision

On January 24, 1974 Mr. Justice Robichaud of the New Brunswick Supreme Court convicted the Irving companies (with the exception University Press on counts two and three of the first indictment) on all counts. We cannot possibly deal with all of the interesting features of the trial judgment. We shall confine ourself to the questions of control (of the individual newspapers and of the market) and the determination of public detriment.

The Issue of Control

While the acquisition of the various newspapers was clear, Robichaud J., wrestled with the matter of control. He stated that control "does not mean a temporary and uncertain, but rather continuous and certain control of the affairs of a company, which can only be obtained by an undisputed majority of the stock".⁷⁹

The evidence seemed overwhelming that Mr. K. C. Irving did not attempt to influence the publishers and editors of his papers and that their publishers had total editorial independence.⁸⁰ Yet the judge ruled that by ownership "the right to control the said newspapers ipso facto became the perquisite or, the attribute and prerogative of the acquiring company".⁸¹ The judge found that control (management at the top) was actually exercised by Ralph Costello, "who was definitely Mr. Irving's right-hand man ..."⁸²

With respect to control of the relevant market (English language daily newspapers in the Province of New Brunswick)⁸³ Robichaud J. found that in 1968 with control of the "Daily Gleaner", "the door became completely closed to any competition in the field of English-language daily newspapers in New Brunswick. Free competition therein was absolutely stifled".⁸⁴ The only other daily in operation was a French-language paper in Moncton.

The Issue of Public Detriment

While he agreed that "detriment must be affirmatively established",⁸⁵ Robichaud J. stated "In my view once a complete monopoly has been established, such as the evidence clearly discloses, inasmuch as the post - 1960 charges are concerned, detriment, in law, resulted".⁸⁶ As to the pre-1960 situation where K. C. Irving Ltd. had 100% ownership of four and 25% ownership of the

fifth English-language daily in New Brunswick, Robichaud J. described this as a "vertical monopoly" and said that it breached "the so-called 'line' in preparation for the final crossing".⁸⁷ He went on to say that "it has been established that in instances of complete or almost complete, virtual ownership, it is not necessary to consider economic advantages".⁸⁸ This might be described as the "once undue, then per se illegal" doctrine. After reviewing a host of horizontal price-fixing cases Robichaud J. stated "Hence, any agreement or arrangement designed to prevent or lessen competition, to restrain trade, or even tending to take it out of the realm of competition, must be considered to be against public policy and consequently illegal, even although it may not appear to have actually produced any result detrimental to the public interest".⁸⁹ He ruled that free competition was lessened unduly and "that such interference with 'free competition' ... in a most substantial or inordinate manner, was against 'the public interest' as those latter two words are meant judically ...".⁹⁰

The various Irving companies were fined a total of \$150,000 and an Order of Prohibition was granted requiring the divestiture of the two Moncton newspapers.⁹¹

The Appeal Court Judgment

On June 4, 1975, Limerick J. A. (Bugold and Ryan J. J. A. concurring) set aside the Trial Court's conviction and sentences by allowing the Irving companies' appeal.⁹²

Central to his allowing the appeals was Limerick J. A.'s ruling that detriment is a matter of fact and not of law as the trial judge held. He stated "If any presumption of detriment to the public arises out of the acquisition of a number of businesses by one individual, which I do not accept, that inference is rebuttable. The Combines Investigation Act is restrictive legislation limiting common law rights and should be strictly construed. I find nothing in the Act to create any such presumption or prima facie case".⁹³

What Would Constitute Public Detriment?

Limerick J. A. indicated that he would have convicted the companies "of assisting in a monopoly which had operated to the detriment of the public if New Brunswick Publishing had discontinued distribution of the Moncton "Times" in the North Shore area or had agreed with others to increase the price of all their newspapers unreasonably ..."⁹⁴ On the issue of possible detriment, Limerick J. A. pointed out that the editorial independence of the papers was never invaded by Irving and existing publishers were retained after takeover.⁹⁵ He pointed out that the five papers "are not competitive with each other except in the North Shore area [around Moncton] where the two morning papers compete"⁹⁶ (Moncton "Times" and Saint John "Telegraph Journal"). "In the other areas of the Province each paper has its own captive market, as it did prior to the common ownership. The competitive position of the three afternoon papers, the "Gleaner", "Times-Globe" and "Transcript" remains unaltered".⁹⁷ He also pointed out that only 3,000 to 4,000 copies of the "Telegraph-Journal" are sold in the Saint John area. He concluded "No lessening of competition has been established nor any evidence pointed out to this Court or the trial Judge to indicate any such lessening of competition".⁹⁸

Later he said, "The evidence discloses no detriment to the public relating to the newspapers as articles of trade or commerce or even as to editorial policy if such can be considered as being included in the contemplation of what is detrimental to the public interest. The papers were among the last in Canada to raise their price from 8 cents to 10 cents. Their advertising rates per line and per miline are not above the average rates in Canada".⁹⁹

Control by Mr. Irving or K. C. Irving Ltd.?

Limerick J. A. ruled that although Mr. K. C. Irving had the legal right to control, "the fact remains, neither he nor that company has exercised the right of control and actual control as vested in the publishers and editors of the individual publishing companies ..."¹⁰⁰ He went on to rule that "the word 'likely' as used in S.2 of the Combines Investigation Act means 'will probably' not 'may possibly'", and the trial judge erred

in his interpretation of "likelihood" as the "possibility" of Irving exercising control.¹⁰¹

A Monopoly, But No Public Detriment

Limerick J. A. asserted that the questions for the trial Judge to determine were:¹⁰²

- (1) Whether substantial control was established when N.B. Publishing acquired the two Moncton papers in 1958 or in 1968 when Irving acquired the Gleaner
- (2) Whether in fact detriment occurred or is likely to occur

He pointed out that Crown's case for detriment was based on a lessening of competition by reason of the consolidation of ownership, but it was advanced "on a general or theoretical basis without supporting evidence of any actual lessening of competition".¹⁰³ In fact, the trial Judge said there was no detriment with respect to circulation rates, advertising content and rates and improvement of quality and quantity of news after the acquisition of the "Gleaner".¹⁰⁴

Limerick J. A. concluded that "it would be difficult, if not impossible for a new newspaper to commence a successful operation in the province with five papers already established whether owned by one or several owners".¹⁰⁵ The issue he said was not whether entry was prevented by Irving's acquisition of the "Gleaner", but whether it resulted in an operation detrimental to or against the interest of the public. As long as the "Daily Gleaner" operated independently without influence from the parent company and no evidence of detriment was disclosed by the evidence, the purchase of the "Gleaner" did not give rise to any cause of action under the Combines Investigation Act".¹⁰⁶ He later pointed out that Irving provided funds to build modern printing plants and lower production costs.¹⁰⁷

Limerick J. A. ruled that University Press "could in no way be deemed to have participated in the formation of a monopoly"¹⁰⁸ and that New Brunswick Publishing and Moncton Publishing "were in no way involved in the formation of a monopoly between 1960 and 1971".¹⁰⁹ Hence he ruled out the formation of a monopoly issue. He then stated that "there is no evidence that Moncton

Publishing and University Press as individual companies assisted in the operation of a monopoly ...¹¹⁰

In considering the issue of detriment of an acquisition which has taken place some time ago, Limerick J. A. stated "in the absence of evidence to the contrary we can only judge what is likely to happen in future by examining the record of the companies' performance for the past 25 years".¹¹¹

On both indictments, Limerick J. A. found that "there is no evidence of detriment or likelihood of detriment to the public ... let alone a reasonable doubt thereof nor any evidence of any lessening of competition or likelihood thereof".¹¹² He agreed with the reasoning of Williams C.J.B.Q. in the B.C. Sugar case where "the trial judge held that as the separate offence of lessening competition was not mentioned in the indictment, the Crown was confined to detriment to the public other than lessening competition and that the burden is on the Crown to prove the merger operated or was likely to operate unduly to the public detriment ...".¹¹³

The Supreme Court Judgment

Appeal to the Supreme Court of Canada was given on three questions of law:

- (1) Did the Court of Appeal of New Brunswick err in its interpretation of the words "to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others" as those words are used in the definition of "merger" and "monopoly" in the Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23 and in the definition of "combine" in predecessor Acts?
- (2) Did the Court of Appeal of New Brunswick err in holding that (a) no presumption arose of detriment or likely detriment to the public when competition has been prevented or lessened unduly and, (b) even if there was such a presumption was there evidence to rebut it?
- (3) Did the Court of Appeal of New Brunswick err in its appreciation of the meaning of "competition" as it related to the facts of the present case?¹¹⁴

There was agreement by the Trial and Appeal Courts that the appropriate product definition was newspapers, and the appropriate market was New Brunswick. The two evening newspapers published in St. John and Moncton had very limited overlap in circulation areas and some very limited overlap occurred in circulation between two other papers in Fredericton.

The findings of fact of the Trial Court as amended by the Court of Appeal and adopted by the Supreme Court were as follows:¹¹⁵

- (1) following the merger no changes in the market areas served by the papers occurred;
- (2) following the merger no attempt to eliminate competition in common circulation overlap areas occurred;
- (3) no direct evidence was provided that editorial control of the five newspapers was not left in the hands of their respective publishers and editors;
- (4) allegations that respondents had attempted to put the only French language daily newspapers out of business were not substantiated;
- (5) no "detriment" was found by reason of the acquisition on circulation rates, advertising content and rates, or quality, and quantity of news.

Other findings of fact made by the Trial Court and considered significant by the Supreme Court included:¹¹⁶

- (1) There has been an increase in circulation of all five daily newspapers;
- (2) there has been a continuation in the publication of the two morning papers despite both are in a loss position;
- (3) There has been a continuation of the publication of the monthly Atlantic Advocate and also the printing plant in Fredericton despite the fact these two operations have been in a loss position for many years;
- (4) There has been a substantial improvement in the facilities and plant of the publishing companies and all have achieved financial stability;

- (5) The Provincial economy and industry have benefited since all profits have been re-invested in New Brunswick enterprises.

The Crown argued that the Court of Appeal erred in holding that subsidiaries of a parent corporation may be in competition with each other and, consequently, erred in holding that pre-existing competition had not been lessened by the acquisition of previously competing and independently owned newspapers.¹¹⁷ The Government submitted further that complete control of a class of business in a market area may be "to the detriment and against the interest of the public" by reason of the prevention and lessening of competition, and if there is an undue prevention or lessening of competition there is a rebuttable presumption that detriment occurred.¹¹⁸ With respect to the Trial Judge's statement that once a complete monopoly is established, detriment in law resulted, the Crown argued:

the Trial Judge did not proceed on the basis that an acquisition or control necessarily restricts competition and is therefore illegal. Rather his reasoning was that these particular acquisitions and control had in fact unduly prevented and lessened competition and, for that reason, detriment to the public has resulted and the acquisitions and control therefore constituted an illegal merger, monopoly and combine under the present and predecessor Acts.¹¹⁹

The Crown was trying to establish that Robichaud J.'s logic sequence took the form that the mergers resulted in a monopoly, that the monopoly had the effect of unduly lessening competition and that such a lessening constituted public detriment. The Crown was trying to avoid the interpretation that the mergers resulted in a monopoly and that public detriment can be presumed to flow from the existence of such a monopoly.

The Supreme Court, speaking through the Chief Justice, focused on these words of the Trial Judge:

In my view, once a complete monopoly has been established such as the evidence clearly discloses, inasmuch as the post-1960 charges are concerned, detriment, in law, resulted.¹²⁰

It then rejected the Crown's interpretation saying,

Of course, the trial Judge in speaking of "monopoly" in this passage could only be referring to the fact of acquisition of ownership or control of all the English language dailies. Since the definition of "monopoly" involves an element of detriment in the operation or likely operation of a class of business of which substantial or complete control has been acquired, and since the same element is present in the specification of "merger, trust or monopoly" under the pre-August 10, 1960 legislation, can it be said that such detriment is immanent in the acquisition of control without more?¹²¹

The Court proceeded to assert that the central issue is proof of detriment:

In the present definition of "merger" the reference to control is not to substantial or complete control as in the definition of monopoly, but to any acquisition of control over or interest in the whole or part of a business whereby competition is, or is likely to be lessened to the detriment or against the interest of the public. Competition is not a separate issue that arises in relation to monopoly because, on proof of substantial or complete control of a business in a market area, competition is taken to be either materially lessened or eliminated, and the element that remains to be proved to establish the offence of being party to or knowingly assisting in the formation of a monopoly is that the business has been or is likely to be operated to the detriment or against the interest of the public, and I emphasize the term "operated".¹²²

In this case, the attainment of monopoly control was a secondary question. The central question that arose in relation to whether the merger or monopoly was illegal is "whether the person or persons having such control have operated or are likely to operate (the controlled business) to the detriment or against the interest of the public". The fundamental importance of the Crown establishing detriment in fact is seen, when, in the next paragraph the Chief Justice stated that there was "no doubt in this case that the Irving interests have such control of the English language newspapers in New Brunswick as to satisfy the opening parts of the definition of 'merger' and 'monopoly' and part of the definition of 'merger, trust or monopoly'".¹²³

The Court specifically rejected the Crown's argument, which relied on Mr. Justice McRuer's judgment in the Canadian Breweries case, that the words "have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public" have substantially the same meaning as the word "unduly" in conspiracy cases.¹²⁴ It pointed out that Kellock J., speaking also for Rand and Fauteux J. J., in the Howard Smith case stated: "If there is a difference between the offences described in the two statutes [i.e. conspiracy cases under the Criminal Code and merger and monopoly cases under the Combines Investigation Act] Parliament has deliberately so intended. It will be seen however that [the conspiracy section under the Code] does have in view injury to the public but injury to the public of a character expressly specified by the section itself".¹²⁵

The Supreme Court indicated that the Crown had apparently erred by relying on the oft quoted paragraph in the Eddy Match¹²⁶ case, which is the only major monopolization case the government has ever won, and in which Casey J. A. commented:

What we have here is the activity envisaged by s.2(4)(b) - the control of a class of business; a control that, as revealed by the evidence, excluded for all practical purposes, the possibility of any competition. Such a condition creates a presumption that the public is being deprived of all the benefits of free competition and this deprivation, being the negation of the public right, is necessarily to the detriment or against the interest of the public.¹²⁷

The critical paragraphs, however, are those in which the unanimous Appeal Court said

This presumption however may be rebutted and it does not seem unreasonable to suggest that some "control" might in exceptional circumstances be more advantageous to the public than if the business had been left free. But when faced with facts which disclose the systematic elimination of competition, the presumption of detriment becomes violent. In these circumstances, the burden of showing absence of detriment must surly (sic) rest on the shoulders of those against whom the presumption plays. Appellants made no defence and there is nothing in the record which comes to their aid.¹²⁸

In the case at hand the Supreme Court noted a number of times that no detriment flowing from the creation or operation of the mergers or monopoly had been shown. It refused to accept the Crown's argument with respect to the "presumption" of detriment arising from the showing of complete control, being equivalent to the unduly lessening of competition in conspiracy cases and that when the latter is shown it establishes the proof of public detriment. The Court said,

In using the term "presumption", the Crown did not use it as connoting an inference that may but need not be drawn from the evidence, but rather as pointing to an inference that must be drawn as to the presumed fact - here the required detriment - on proof of a basic fact - here the acquisition of a complete control of a business in a market area.¹²⁹

The Chief Justice refused to make new law on this point.

I do not think that it is open to a Court in a criminal case to raise a presumption such as is contended for by the Crown in this case in the absence of legislative direction.¹³⁰

He went on to say,

Even if the acquisition of entire control would be enough to support an inference of lessening or likely lessening of competition, that inference cannot be drawn here, in the face of the evidence and the findings thereon by the trial Judge and by the Court of Appeal that the pre-existing competition where it existed, remained as was to some degree intensified by the take-over of the newspapers.¹³¹

The Chief Justice also pointed out that while the Crown had presented expert witnesses, "who spoke of the threat to newspaper independence (and likely resulting public detriment) where there was centralized ownership of a number of newspapers ...", these witnesses, "spoke theoretically, without having made any study of the situation in New Brunswick, nor did they address themselves to the facts relating to the operation of the newspapers involved in the present case".¹³²

The Crown's appeal was dismissed, and the decision of the Appeal Court affirmed.

Interpreting the Irving Decision

The Supreme Court's decision is a triumph of business power in the context of a very strictly construed criminal statute almost totally inappropriate to the task at hand - the evaluation of economic behaviour. In demanding that specific instances of public detriment be proved beyond a reasonable doubt (the standard for all criminal offences) the Court has refused to see beyond the small (price, advertising rates, and infusions of capital equipment) in a case in which detriment takes the form of the potential to undermine one of the requisites of a democracy - a free and independent press. The Crown in its Factum correctly argued that the Court of Appeal "confused so called 'competition' among newspapers owned by a single owner with genuine competition among independently owned newspapers".¹³³ As the Crown argued, "the very nature of competition requires that there be independent owners".¹³⁴ In the case of newspapers, "the most important manifestation of competition ..." is "... the reflection of independent points of view in news coverage and editorial comment ...".¹³⁵ The fact that Mr. Irving did not specifically direct the "editorial line" or news gathering and dissemination activities of the papers he owned, or that the papers modernized their plants, and maintained "reasonable" advertising and subscription rates, is not proof of the lack of public detriment. In addition to owning all five English language daily newspapers in New Brunswick, Irving owned one radio station and two television stations.¹³⁶

A study for the Special Senate Committee on Mass Media reported: "In all, eight of the twenty media outlets in the surveyed communities are controlled by Irving interests".¹³⁷ This understates their significance, for the Irving papers, radio and television stations are concentrated in the largest market areas.

In any event, these media holdings are but a minor part of the industrial empire of the K. C. Irving family. "The K. C. Irving Group has probably the most diverse non-media interests of any conglomerate organization in Canada".¹³⁸ However, most of these interests are in private companies for which information is difficult to obtain. The Irving "empire" includes an integrated oil company, several pulp and paper enterprises, mining and smelting, lumber and veneer operations, heavy equipment distribution, construction companies, shipbuilding, bus lines, a railway, steamships and

tankers, and numerous other enterprises.¹³⁹ As the Senate Committee study pointed out:

By any standard, the interests of the Irving family are very large. They assume gigantic proportions, however, in a province that lags behind many other parts of the country in industrial development. These interests represent an important factor in terms of income they generate in New Brunswick and in terms of the employment dependent upon them.¹⁴⁰

While the Canadian judiciary has frequently expressed the view that the purpose of the anti-combines legislation is to protect the public's interest in free competition, it has consistently refused to consider any of the broader social and economic implications of market power. Instead the judiciary appears to have taken comfort in the narrow confines of the criminal law provisions in the Criminal Code and Combines Investigation Act. This case is no exception. While one can challenge the interpretation of unduly given by Cartwright J. in the Howard Smith case, he at least tried to provide the lower courts with some guidance as to the interpretation of the ambiguous wording of the statute. In K. C. Irving, the Chief Justice and the entire Court has been remiss in not exploring different meanings for the words "to the detriment or against the interest of the public ..."

This is particularly true in a case where the detriment lies in the extraordinary concentration of industrial and media power in the hands of one family. If one were to adopt the logic of the Supreme Court, one firm could acquire all the daily newspapers in Canada, and, provided the papers were not in direct competition with each other, that the editors were "independent" of the owner and that the papers appeared to give wide coverage of the local and national news, the acquiring firm could not be convicted of a merger or monopoly offence under the Combines Investigation Act. In other words, "benign" monopoly is not illegal. One must ask - at what point would the Supreme Court gag? When would they call, "Enough!"? At what point does the possession of great economic and political power contravene the public interest? For the Supreme Court of Canada, the ownership of all five English language daily newspapers in the province of New Brunswick when combined with enormous industrial holdings is insufficient to say that public detriment has resulted.

V. Policy Implications

Several significant policy implications emerge from the K. C. Irving decision. The first, and most significant, is that the merger provisions have been effectively read out of the Combines Investigation Act. The separation of the merger and monopoly offences in the 1960 revisions apparently did not impress the Court; for by this ruling they have simply been read as one offence. For a merger to be illegal under the Act, monopoly power in the terms of effective control over the market must have been created and exercised in a way seen to be clearly detrimental to the public interest in rather narrow terms. Thus, as Borgsdorf predicted, there is no merger policy, there is only a monopolization policy and one characterized by only one successful prosecution.¹⁴¹

The Court has seen fit to reject even the most modest structural model of market behavior. It has enunciated a theory of benign monopoly. This position is consistent with the publicly expressed philosophies of the Government which was in power at the time of the introduction of the original act and at the times of the various amendments. The nature of these attitudes and their genesis have been traced by Stanbury among others.¹⁴²

Canadian governments, because of tradition and due to peculiar economic, geographic and political considerations have never reflected the populist tradition which in large measure accounts for the relatively structuralist orientation of the American competition law. Indeed, the U.S. Sherman Act is an anti-trust law, while the Canadian legislation is a combines investigation law.

There is nothing in the history of the legislation which suggests that Parliament has been concerned with concentrations of economic power; the paramount concern has focused on abuses of power.¹⁴³ The practical difficulties which accompany the effective monitoring of the uses of economic power are seldom considered.

Nevertheless, with the Irving decision, the Court has taken an extremely narrow view of the existing legislation. The Court has taken an entirely retrospective view of the law while the law specifies that a merger may be illegal if "competition ... is or is likely to be lessened to the detriment ... of the public". (emphasis added)

Parliament would appear to have directed the courts to take a prospective as well as retrospective review of questionable mergers and determine if they are likely to have detrimental effects. Limerick J. A. insisted that likely requires more than a possibility; it requires a probability.¹⁴⁴ However, since each merger will be perceived by the courts as unique, there is little basis for attaching specific probability estimates. When a merger occurs in which there are no traditional economic defences in terms of economies of scale or other economic benefits that occur directly as a result of the merger, then the legislation makes it incumbent upon the Courts to undertake at least a logical analysis of probable economic effects.¹⁴⁵

Here, unfortunately, the placement of the competition policy legislation in a criminal statute presents a perplexing predicament for the courts. The rules of evidence in criminal cases, as noted by Justice McRuer in Canadian Breweries, require strict standards of proof:

... the onus is on the Crown from the beginning to the end of the case to prove the accused guilty beyond a reasonable doubt. That onus never shifts and extends to every element that must be established to support the charge. In addition, the rule with respect to circumstantial evidence has some application: When the guilt of the accused depends on circumstantial evidence the circumstances, beyond a reasonable doubt, must be consistent with the guilt of the accused and, beyond a reasonable doubt, must be inconsistent with any other rational conclusion.

There is one other principle of criminal law to be applied: When on the construction of a penal statute, there are two reasonable constructions open, one more favourable to the accused than the other, the one most favourable to the accused must be adopted.¹⁴⁶

Thus, the courts are very uncomfortable weighing probabilities in the fashion necessary if the term likely is to have any meaning in an anti-merger law. Unfortunately, effective enforcement requires just such a weighing.¹⁴⁷

There is also an element of economic naiveté in this case which we find disturbing. To believe, as the Appeal and Supreme Courts did, that the editors and publishers of five newspapers, owned by one of Canada's largest companies and the largest industrial firm complex in the province of

New Brunswick, will operate in complete autonomy asks too much. The editors and publishers will be aware of the impact of their editorial, production and marketing policies on the parent and on each other. Will they need to be formally directed not to assiduously investigate the labour, environmental and other policies of the Irving companies? The Court found that there was no evidence of directives restricting autonomy and, in their absence, it was willing to assume that the editors' independence was the same under Irving's ownership as it would have been under five separate owners.

To believe that the common parent will tolerate for long competitive policies of the subsidiaries which do not serve the overall interest of the corporate industrial family is to challenge fundamental assumptions of the business system. While these assumptions might appropriately be challenged,¹⁴⁸ the Court did not endeavor to formally address the issue.

It seems unlikely that an effective anti-merger policy is possible if there is not acceptance of a theory of industrial organization which links conduct and performance of business enterprises to industry structure. In effect, is such a policy possible if there is not acceptance that certain types of conduct and performance have a greater probability of occurrence as the structure of an industry is altered?

The model envisioned in K. C. Irving leaves the enforcement agency unable to prevent the emergence of substantial market power or even of monopoly power. It can treat the case of monopoly only after it has attained a mature form and adequately demonstrated (beyond a reasonable doubt) the objectionable effects which are associated with the legal concept of monopolization.

Convictions for monopolization have been rare in Canada and will not be made easier by the Irving ruling. A single firm may wish to solidify control of an industry through common ownership and may carefully avoid predatory practices. However, common marketing practices may lead to relatively high profits or poor economic performance. These will not be detected easily; indeed, high profits may simply be a reward for superior efficiency or business acumen. They need not be an indicator of monopoly power. Management slack resulting in inflated costs and laggard technological progressiveness are extremely difficult to detect. Yet they may be the most undesirable manifestations of monopoly power. Without both a more sophisticated statute and more sophisticated appraisal of merger and monopoly

situations in Canada public policy will be unable to prevent the untoward effects of the concentration of economic power.

Perhaps the Court has selected this opportunity to force major legislative revisions in merger policy. Regardless, the whole question of the desirability of an operative merger and monopoly policy in Canada is no longer avoidable by Parliament. This may be the major value of the Irving decision in the long run.

FOOTNOTES

1. Regina v. K. C. Irving Limited et al., Unreported judgment of the Supreme Court of Canada, November 16, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 136-5, 14 pp.
2. R.S.C., 1970, c.C-23 as amended by c.10 (1st Supp), c.10 (2nd Supp) 1974-75-76, c.76.
3. See Frederic M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago, Rand McNally, 1970, Ch. 4, 20; Joe S. Bain, Industrial Organization, 2nd edition, New York, Wiley, 1968, Ch. 11.
4. C. W. Borgsdorf, "The Virtually Unconstrained Legal Environment for Mergers in Canada", Antitrust Bulletin, Vol. 18, Winter 1973, pp. 809-825.
5. See Department of Consumer and Corporate Affairs, Proposals for a New Competition Policy for Canada, Second Stage, Ottawa, Supply and Services Canada, 1977, pp. 45-49, 61-62. The legislation is broadly as proposed by L. A. Skeoch with B. C. McDonald, in consultation with M. Bélanger, R. M. Bromstein, W. O. Twaits, Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy, Ottawa, Supply and Services Canada, 1976. This report is reviewed in W. T. Stanbury, "Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No. 1, 1977 (forthcoming).
6. Discussions on the constitutionality of the legislation can be found in S. G. M. Grange Q.C., The Constitutionality of Federal Intervention in the Marketplace - The Competition Case, Montreal, C. D. Howe Research Institute, 1976; Peter W. Hogg and Warren Grover, "The Constitutionality of the Competition Bill", Canadian Business Law Journal, Vol. 1, No. 2, 1976, pp. 197-228; and Robert Reid, "The New Role of the Restrictive Trade Practices Commission: A Constitutional and Administrative View-point" in W. T. Stanbury (ed.) Papers on the 1975 Amendments to the Combines Investigation Act, Vancouver, University of British Columbia, Faculty of Commerce and Business Administration, 1976, pp. 157-187.
7. S.C. 1889, (52 Victoria) c.41.
8. S.C. 1910, c.9 read in part: "2(c) 'combine' means any contract, agreement, arrangement or combination which has, or is designed to have, the effect of increasing or fixing the price or rental of any article of trade ... and includes the acquisition, leasing or otherwise taking over, or obtaining by any person to the end aforesaid, of any control over or interest in the business, or any portion of the business, of any person, and also includes what is known as a trust, monopoly or merger".
9. S.C. 1923, c.9, s.2.
10. S.C. 1935, c.54, s.2(f).

11. R.S.C. 1952, c.314, s.2.
12. Note 2 supra s.2.
13. James A. Sherbaniuk, "Merger Rules and Guidelines - Comments", Antitrust Law Journal, Vol. 36, 1967, pp. 30-44.
D. H. W. Henry, "Mergers in Canada Under the Combines Investigation Act", Texas International Law Forum, Vol. 5, No. 1, 1969, pp. 1-13.
D. H. W. Henry, "Mergers, Rationalization and Specialization Agreements", Western Ontario Law Review, Vol. 8, 1969, pp. 123-134.
A. Beacham and J. C. H. Jones, "Merger Criteria and Policy in Great Britain and Canada", Journal of Industrial Economics, Vol. 19, No. 2, April 1971, pp. 97-117.
M. A. Cohen, "Mergers and Joint Ventures - A Canadian-American Perspective and Comparison", Antitrust Law Journal, Vol. 32, 1966, pp. 188-193.
Robert Lyon, "Recent Canadian Anti-Combines Policy: Mergers and Monopoly", University of Toronto Law Review, Vol. 15, No. 1, 1963, pp. 155-184.
W. G. Phillips, "Canadian Combines Policy - The Matter of Mergers", Canadian Bar Review, Vol. 42, No. 3, 1964, pp. 78-99.
J. Edgar Sexton, "Mergers Under Canadian Combines Law", Western Ontario Law Review, Vol. 2, 1963, pp. 1-49.
14. R. v. Canadian Import Co. et al. (1933) 51 C.C.C. 114 specifically 115-119.
15. (1935) 62 C.C.C. 342; 3 D.L.R. 333.
16. R. v. Staples et al. (1940) 2 W.W.R. 627; 74 C.C.C. 178; 4 D.L.R. 699.
17. (1940) 2 W.W.R. 627 at 632. Robertson J. went even further. He denied that a shareholder had any financial interest in the business in which he held shares, holding that the business as an asset of the company and that a shareholder has no right to any item of property owned by a company (at p. 632).
18. (1960) O.R. 601; 33 C.R.1; 126 C.C.C. 133.
19. (1960) 32 W.W.R. (N.S.) 577; 129 C.C.C. 7; (1962) 38 C.P.R. 177.
20. (1960) O.R. 601 at 609 and 620-621. In Quebec, Canadian Breweries through its ownership of National Breweries, had 51.8% of the market in 1958. In Manitoba Canadian Breweries had 40.96% of the market in 1958, in Saskatchewan they had 34.2%, in Alberta only 7.9% but had 40% of the shares of one of the three largest brewers in the province. In B.C., Canadian Breweries had 36% of the market in 1958, in Nova Scotia 14.9%, and in New Brunswick 5.7%. In the last two provinces the company did not operate a brewery but shipped beer in from Ontario.
21. (1960) O.R. 601 at 604.
22. Howard Smith Paper Mills Limited et al. v. The Queen (1957) S.C.R. 403; 26 C.R.1; 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R.(2d).

23. (1957) S.C.R. 403 at 426. In the 1975 amendments to the Combines Investigation Act, S.32(1.1) was inserted. It provides that in conspiracy cases "it shall not be necessary to prove that the conspiracy ... if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market".
24. (1960) O.R. 601 at 605.
25. Ibid. at 605.
26. Ibid. at 622.
27. Ibid. at 621, 626.
28. R. v. Northern Electric Company Limited et al. (1955) O.R. 431 at 469.
29. (1960) O.R. 601 at 629.
30. Ibid. at 629-630.
31. Ibid. at 624.
32. J. C. H. Jones, "Mergers and Competition: The Brewing Case", Canadian Journal of Economics and Political Science, Vol. 33, No. 4, November 1967, pp. 551-568.
33. Ibid. at 630.
34. Ibid. at 630.
35. Ibid. at 630.
36. (1960) 32 W.W.R. (N.S.) 577 at 635. Unlike McRuer J. in Canadian Breweries, Williams J. stated "I have formed the opinion that the decisions under sec. 411 of the [Criminal] Code do not assist me to any great extent in determining the issues presented to this court in this 'unique' case". (at 595)
37. Ibid. at 605.
38. Ibid. at 633.
40. Ibid. at 637.
41. Ibid. at 587-588.
42. Ibid. at 586.
43. Ibid. at 586.
44. Ibid. at 606.

45. Ibid. at 627.
46. Ibid. at 626-627.
47. Ibid. at 610, 612.
48. Ibid. at 606.
49. Ibid. at 607.
50. Ibid. at 634.
51. Ibid. at 638.
- 51a. The Appeal Court called in Crown Counsel in an unprecedented ex parte proceeding, and demanded that the notice of appeal be amended to remove a form of expression which Williams J. had complained about to them as personally insulting, and which none of the judges recognized as language lifted from a judgment of the Privy Council. It was the demonstrated hostility of the Appeal Court which made the difference in the decision not to appeal the case.
- 51b. For a general discussion see J. C. H. Jones, "The Bureaucracy and Public Policy: Canadian Merger Policy and the Combines Branch, 1960-71", Canadian Public Administration, Vol. 18, No. 2 (Summer 1975), pp. 269-296.
52. Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Meat Packing Industry and the Acquisition of Wilsil Limited and Calgary Packers Limited by Canada Packers Limited, Ottawa, Queen's Printer, 1961.
53. Ibid., p. 411.
54. Ibid., p. 447.
55. Ibid., Ch. VII to XIV.
56. Ibid., pp. 389-407.
57. Ibid., Ch. XX.
58. Ibid., p. 427.
59. Ibid., p. 430.
60. See Annual Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, year ended March 31, 1966, Ottawa, Queen's Printer 1966, pp. 18-22. The program of compliance is outlined in every Report ... beginning in 1964-65. In the 1967-68 Report, the "Surveillance of Merger Activity in Canada" is described (pp. 14-16).
61. Ibid. p. 20.
62. Howard Smith Paper Mills Limited et al. v. The Queen (1957) S.C.R. 403 at 426.
63. R. v. Abitibi Power and Paper Company Limited et al. (1961) 131 C.C.C. at 251.
64. R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent (1961) O.R. 265 at 279.

65. R. v. Electric Reduction Company of Canada Ltd. (1970) 61 C.P.R. 235.
66. R. v. K. C. Irving Ltd. et al. (1974) 16 C.C.C. (2d); 13 C.P.R. (2d) 115; 7 N.B.R. (2d) 360; 45 D.L.R. (3d) 45 (trial) Judgment of the Supreme Court of New Brunswick, Appeal Division (June 4, 1975) is reported in 23 C.C.C. (2d) 479.
67. Economic Council of Canada Interim Report on Competition Policy, Ottawa, Queen's Printer, 1969, p. 86.
68. This number excludes the Meat Packing Report discussed above. The seven reports were as follows:

Restrictive Trade Practices Commission, Report concerning the Production and Supply of Newspapers in the City of Vancouver and Elsewhere in the Province of British Columbia, Ottawa, Queen's Printer, 1960.

Restrictive Trade Practices Commission, Report concerning the Acquisition of the Common Shares of Hendershot Paper Products Limited by Canadian International Paper Company, Ottawa, Queen's Printer, 1962.

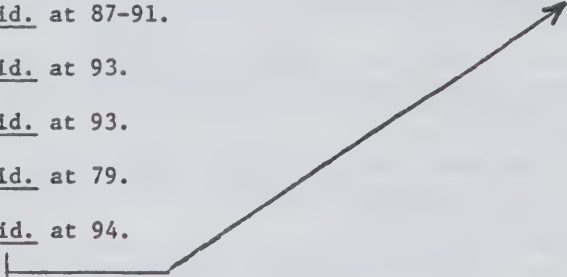
Restrictive Trade Practices Commission, Report concerning the Acquisition of Bathurst Power and Paper Canada Limited of Wilson Boxes, Limited, Ottawa, Queen's Printer, 1962.

Restrictive Trade Practices Commission, Report relating to the Acquisition in 1962 of the Times-Journal Newspaper, Published in Fort William, Ontario, Ottawa, Queen's Printer, 1965.

Restrictive Trade Practices Commission, Report in connection with the Production, Distribution, and Sale of Propane in British Columbia, Ottawa, Queen's Printer, 1965.

Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Production, Distribution and Sale of Phosphates, Other Phosphorous Chemicals and Sodium Chlorate, Ottawa, Queen's Printer, 1966.

Restrictive Trade Practices Commission, Report Concerning the Production, Manufacture, Supply and Sale of Cast Iron Soil Pipe and Fittings in the Prairie Provinces and British Columbia, Ottawa, Queen's Printer, 1967.
69. Annual Report of the Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, for the year ended March 31, 1973, Ottawa, Information Canada, 1973, p. 47.
70. L. A. Skeoch, "Merger Issues in Canada", Antitrust Bulletin, Vol. 16, No. 1, 1971, p. 133.
71. Ibid., p. 134.
72. Supra note 65.
73. D. G. McFetridge, "The Emergence of a Canadian Merger Policy: The Erco Case", Antitrust Bulletin, Vol. 19, No. 1, Spring 1974, pp. 1-12.

74. Ibid., p. 10
- 74a. Erco already had a monopoly of the industrial phosphates market. The merger charge involved the acquisition of Dominion Fertilizers which did not produce industrial phosphates but threatened to diversify into this field. The acquisition therefore involved a lessening of competition which was likely to have appeared. It was prospective only.
75. (1974) 16 C.C.C.(2d) 49 at 104, 105, 124-125.
76. Supra, note 70.
77. Supra, note 4, p. 822.
78. Derived from R. v. K. C. Irving Limited et al. (1974) 16 C.C.C.(2d) 49 at 50-52.
79. Ibid. at 97.
80. Ibid. at 87-91.
81. Ibid. at 93.
82. Ibid. at 93.
83. Ibid. at 79.
84. Ibid. at 94.
85. Ibid. at 103.
86. Ibid. at 104.
87. Ibid. at 105.
88. Ibid. at 105.
89. Ibid. at 115.
90. Ibid. at 124-125.
91. (1974) 22 C.C.C.(2d) 291 at 286, 294.
92. (1975) 23 C.C.C.(2d) 479.
93. Ibid. at 488.
94. Ibid. at 488.
95. Ibid. at 490-493.
96. Ibid. at 485.
97. Ibid. at 485. See also p. 490 and p. 498 for similar statements.
98. Ibid. at 490.
99. Ibid. at 490-491. Later at p. 503 the judge reiterated this point and stated "The public was not in fact deprived of a 'competitive market'".
100. Ibid. at 493.
101. Ibid. at 495.
102. Ibid. at 498.
- 

103. Ibid. at 498.
104. Ibid. at 499.
105. Ibid. at 495.
106. Ibid. at 495-496.
107. Ibid. at 496-497.
108. Ibid. at 491.
109. Ibid. at 492.
110. Ibid. at 492 (emphasis supplied).
111. Ibid. at 493 (emphasis in the original)
112. Ibid. at 502.
113. Ibid. at 507 (Limerick J. A. incorrectly states that Wilson C.J.Q.B. presided in the B.C. Sugar case).
114. Unreported judgment of the Supreme Court of Canada, November 16, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 136-5, pp. 2-3.
115. Ibid. at 6-7.
116. Ibid. at 7.
117. Appellant's Factum (Appeal to the Supreme Court of Canada) pp. 19-23. We are indebted to Mr. Neil McLeod for a copy of the Factum.
118. Ibid. pp. 23-44.
119. Ibid. p. 25.
120. As cited in the unreported judgment of the Supreme Court of Canada, November 16, 1976, Bureau of Competition Policy mimeo 136-5, p. 8.
121. Ibid. p. 8. Counsel for the Irving Companies argued "If Parliament had intended to mean that public detriment occurs automatically once control or means of control or a monopoly or merger was established - it would have been simple to use precise language to express the intent ..." (Factum for Respondents p. 21) We are indebted to D. M. Gillis, Q.C. for a copy of this Factum.
122. Supra note 120 pp. 8-9.
123. Ibid. p. 9.
124. Ibid. p. 10.
125. Ibid. pp. 10-11. The original citation is [1957] S.C.R. 403 at 409.

126. R. v. Eddy Match Company Limited et al. (1952) 13 C.R. 217; 104 C.C.C. 39; 17 C.P.R. 17 (Trial). The Appeal judgment is reported in (1954) 18 C.R. 357; 109 C.C.C. 1; 20 C.P.R. 107. Leave to appeal to the Supreme Court was refused.
127. Supra note 120, p. 11. The original citation is (1954) 109 C.C.C. 1 at 21 (emphasis supplied).
128. Ibid. p. 11, original at 21.
129. Ibid. p. 13.
130. Ibid. p. 13.
131. Ibid. p. 13.
132. Ibid. at 13-14.
133. Appellant's Factum p. 20.
134. Ibid. p. 21.
135. Ibid. p. 21.
136. Ibid. p. 8. These holdings are as of July 31, 1970.
137. Report of the Special Senate Committee on Mass Media, Volume II, Words, Music, and Dollars, Ottawa, Queen's Printer, 1970, p. 87.
138. Ibid. p. 87.
139. Ibid. pp. 87. 88.
140. Ibid. p. 87. For a more comprehensive analysis of K. C. Irving and his interests, see R. Hunt and R. Campbell, K. C. Irving: The Art of the Industrialist, Toronto, McClelland and Stewart, 1973.
141. See the Eddy Match case, supra, note 126.
142. W. T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977. See Chapter 5 "Canadian Attitudes Toward Competition Policy: The Historical Climate".
143. When he introduced the Combines Investigation Act of 1910 in Parliament MacKenzie King stated "I would like the House to understand that in introducing this legislation no attempt is being made to legislate against combines, mergers and trusts as such ..." Instead, the legislation would permit the investigation of firms "where there is reason to believe that a combine is operating at an undue disadvantage of the public". (Cited in L. A. Skeoch, Restrictive Trade Practices in Canada, Toronto, McClelland and Stewart, 1966, pp. 23, 24).

144. (1975) 23 C.C.C.(2d) 479 at 495-496.
145. In K. C. Irving the Appeal Court and the Supreme Court indicated that not only was evidence of detriment rebutted, but evidence of public benefit was adduced. However, both Courts failed to determine if such benefits flowed directly from the mergers or would probably have occurred in the absence of the takeover by K. C. Irving.
146. (1960) O.R. 601 at 608.
147. This point is emphasized by David L. McQueen when he argued that mergers ought to be assessed by a civil, expert Tribunal "including members with appropriately varied backgrounds in law, economics and business [which] could provide the knowledgeable weighing of economic evidence and the difficult balancing of judgements that merger cases make necessary". (David L. McQueen, "Tribunals and Take-Overs in Canada", Canada's Competition Policy, Ottawa, The Conference Board in Canada, 1972, p. 60).
148. See J. K. Galbraith, The New Industrial State, Boston, Houghton-Mifflin, 1971 (revised edition).

VI. OTHER ISSUES

Prosecution of Criminal Offences

A considerable number of restraints of trade remain as criminal offences under Part V of the proposed Competition Act. While Bill C-42 abolishes the use of the Restrictive Trade Practices Commission (or the proposed Competition Board) to appraise and make a report on cases referred to it by the Director of Investigation and Research, it does nothing to change the Department of Justice's control over the prosecution of combines cases. The effectiveness of competition policy depends upon a number of factors: the words of the statute; the interpretation of the statute by the courts; the vigour of administration and enforcement; and the penalties and remedies invoked by the courts. Three of these four depend upon administration and enforcement. In the first instance, administration and enforcement depends ^{upon} the case selection techniques and investigatory efforts of officials of the Bureau of Competition Policy.

Despite their best efforts and willingness to bring cases they could be hamstrung by the unwillingness of the Department of Justice to prosecute cases quickly and imaginatively. Fundamentally, the Bureau of Competition Policy is a research and investigation agency. It can only recommend prosecution of a case. It cannot proceed to the courts on its own volition. This is in sharp contrast to the United States where the Assistant Attorney-General of the Antitrust Division, Department of Justice, who also performs the investigation and research functions, can go to court on his own initiative. In Canada, the monopoly enjoyed by the Department of Justice over all federal prosecutions represents an important filter or decision point between investigation and prosecution.

In the past it is safe to say that officials in the Office of the Director of Investigation and Research have been frustrated by Justice's diffidence and delay in pressing cases. Research conducted by Professors Gorecki and Stanbury on all combines prosecutions begun and completed between 1960/61 and 1974/75 indicates that the average length of time from the date the Director sends his Statement of Evidence to the RTPC to the laying of charges was 38.0 months.¹ The average time elapsed between the transmittal of a Summary of Evidence to the laying of charges if the case is sent directly

to the Department of Justice by the Director was 14.2 months. However, cases sent to the RTPC spent only an average of 14 months in the hands of the RTPC - indicating they they spent 24 months in the hands of the Department of Justice before charges were laid. In addition, their evidence clearly indicates that delay by the Department of Justice in laying charges greatly increases the probability that the case will result in an application for a Prohibition Order only per S.30(2).² In virtually every case this constitutes a weaker remedy than the normal fine and prohibition order that ensues following a conviction.

Combines work forms a very small proportion of Justice's total workload. The small absolute number of such cases (excluding misleading advertising cases) in a given year means that few Crown prosecutors have much knowledge in the area or much sympathy for such prosecutions. As combines cases are often complex (involving the use of economics) and involve protracted litigation, they reduce the apparent output of the Crown attorneys assigned to them.

Skeoch and McDonald have endorsed the Department of Justice's monopoly on the initiation of criminal prosecutions in the Federal government on the grounds that it may be used to aggressively be single-minded investigators and policymakers. But how is the public, the victim of illegal restraints of trade, to be protected against the demonstrated lack of enthusiasm of the Department of Justice for combines cases or their extensive capacity to repeatedly "review" and delay justifiable prosecutions?

It is our view that competition policy cases would be better served by having the Director of Investigation and Research develop a small specialized legal staff (together with selected outside counsel) and permitting him to lay charges directly. If he oversteps his prosecutorial role and brings cases without merit no doubt the judges at the Preliminary Hearings will make this point painfully apparent. At the very least, the Director ought to be able to proceed to court on his own if the Department of Justice takes an inordinate amount of time to decide on whether it should prosecute.

Restriction of Imports or Exports

Section 31.61 empowers the Competition Board to make orders in respect of agreements or arrangements between a Canadian firm and a foreign affiliate where such arrangements "substantially restrict the importation or exportation of

a product into or from Canada". While the section also covers "a directive, instruction, intimation of policy or other communication ..." having the same effect, it exempts firms which account for less than 25% "of the production or supply in Canada of the product ..." which could be the subject of an order.

This threshold is far too high. It is hard to see, from the viewpoint of the consumer interest, why other than de minimus arrangements should be exempted. The Committee should amend Bill C-42 to reduce the threshold to 5%.

In addition to the civil provisions outlined above, S.32.1 makes it a criminal offence for a Canadian firm to conspire with a non-affiliated firm(s) outside Canada to

- "(a) restrict the importation of a product into Canada;
- (b) restrict the exportation of a product from Canada; or
- (c) adversely affect competition in Canada in a manner otherwise than as described in paragraph (a) or (b)".

However, S.32.1(4) provides that where the Canadian members of an import or export conspiracy account for less than 50 percent of the production or supply in Canada of the product under consideration, the court shall not convict them.

It is hard to fathom the purpose of such a high threshold - except that it is designed to benefit the business community to the disadvantage of consumers. Alternatively, the 50% rule was used in lieu of the term "unduly" used in S.32(1). In any event, the threshold is far too high. The bill should be amended to reduce it to 10%.

In addition, S.32.1(4) speaks of the "production or supply in Canada ...", implying that the relevant market for the purposes of the exemption is the nation as a whole. If the market is, in fact, regional, conspiracies involving even 100% of a regional market may not involve 50% of the national market and hence will be exempted. As it is written, S.32.1 is quite unsatisfactory from the viewpoint of consumers.

Monopoly

Monopoly is the subject of both civil (S.31.72) and criminal provisions (S.33) in Bill C-42. Under the civil provisions, S.31.72(5) states that substantial control of a class or species of business, which constitutes a monopoly, can be found notwithstanding the fact that the firm or affiliated firms account for less than 50 percent of the market. This is a desirable

feature of the civil provisions. However, no such statement can be found under the criminal provisions in S.33. It is our view that both the civil and criminal provisions should be the same.

Furthermore, S.31.72 is needlessly complicated by the fact it contains two related, but different, "reviewable matters": monopoly (S.31.71(1) & (5)) and monopolization (S.31.71(2)). Were they put in the same section because a charge of monopolization first requires the existence of a monopoly? This would not seem to be the case for S.31.72(2)(a) speaks of "have sought or are seeking to create a monopoly" as well as "to entrench a monopoly or to extend monopoly power into another market".

It seems to us that the section should be redrafted to make the civil provisions in respect of monopoly and monopolization clearer and better integrated.

Appeal From Decisions of the Competition Board

If the history of Bill C-256 introduced in 1971 is any guide, business interests will seek to amend Bill C-42 to ensure that decisions of the Competition Board may be appealed

- (i) to the regular Courts of Appeal (and perhaps to the Supreme Court of Canada) on the grounds of findings of fact (with leave), on points of law and on the remedies imposed, or
- (ii) to the Cabinet where the Board has made a decision adverse to business firms.

It is frequently (and loudly) alleged that Bill C-42 does not provide for any right of appeal. This would not appear to be the case. It is our understanding that the Competition Board would come under the provisions of S.28 of the Federal Court Act. Under it the Federal Court of Appeal will have the power to review and set aside a decision or order of the Board upon the following grounds: (i) a failure to observe a principle of natural justice or where the Board has acted beyond or refused to exercise its jurisdiction, (ii) an error in law, and (iii) where a decision or order was based on an erroneous finding of fact that was made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. We are convinced that this represents an entirely adequate appeal procedure. We join with Skeoch and McDonald when they

say that it would "risk defeating the entire purpose of the specialized Board to permit the courts to substitute their views as to proper judgments concerning facts, market definition, or the design of the remedy".³ Almost six years ago Dr. David L. McQueen made the same point when discussing Bill C-256 when he said that if appeals to the regular courts were allowed on substantive grounds, "the higher court would be where the real action took place. The [Board's] role would be reduced to that of second guessing the higher court and holding up production by interposing a delaying stage".⁴ Precisely!

Although Skeoch and McDonald proposed that orders of the Board might be appealed to the Cabinet to effect "an over-riding coordination of national policies" and as a means to resolve "raw political questions",⁵ we oppose any right of appeal to the Cabinet.

To permit appeals to the Cabinet is to duplicate the farce of the Foreign Investment Review Act procedures in which the pulling and shoving of organized interest groups overwhelms attempts to utilize the analytical expertise of the specialized tribunal. This is not to say that the really big cases coming before the Board will not be fraught with political implications or not involve, implicitly at least, important value judgments. But appeal to the Cabinet is almost an express invitation to let the organized special interests pressure Cabinet members to achieve their often narrow objectives. Almost certainly the broadly-based consumer interest will not be heard.⁶ Appeal to the Cabinet would mean the subordination of the general interest to that of the few.

Section VI: Footnotes

1. Paul K. Gorecki and W. T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement", paper presented at the National Conference on Competition Policy sponsored by the University of Toronto, May 12 & 13, 1977, Toronto, Table 12.
2. Ibid., pp. 15-16.
3. Lawrence A. Skeoch with Bruce C. McDonald ... Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1976, p. 310.
4. David L. McQueen, "Tribunals and Take-Overs in Canada", in Canada's Competition Policy, Ottawa, the Conference Board in Canada, 1972, p. 61.
5. Footnote 3, p. 314.
6. The technical reasons for this are explained in W. T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977, Chapter 3.

APPENDIX "FTE-42"

SUBMISSION BY

PROFESSORS D.E. ARMSTRONG, M.G. ARMSTRONG,

PETER FRIESEN AND DR. DANNY MILLER

TO

THE STANDING COMMITTEE ON FINANCE,

TRADE AND ECONOMIC AFFAIRS

WITH REGARD TO BILL C-42

SUMMARY

This submission deals primarily with the views of the Bureau on Competition Policy on concentration and with the impact which these views have on Bill C-42.

In brief, the Bureau appears to believe that:

1. Concentration ratios measure choice;
2. Competition decreases or concentration increases;
3. Concentration produces excessive profits;
4. Companies in concentrated industries charge higher prices;
5. Concentration reduces choice;
6. Concentration reduces innovation; and
7. High levels of concentration misallocate resources.

These propositions are examined in turn, and the conclusion is reached that there is no theoretical or empirical basis for believing any of them. In particular we note that the weak but persistent tendency for high concentration to be associated with profits that are slightly higher than average generally disappears when multivariate analysis is used to take other factors into account.

In brief it may be stated that the highly concentrated steel industry is every bit as competitive as the market for work clothes in a small town which is reported to have low concentration. Furthermore, Canadians are likely to be much better served from the point of view of both performance and competition if our steel industry is organized into, say, 3 firms of 5000 workers than 10 firms of 1500 each.

From this analysis it follows that Bill C-42 needs to be changed substantially to meet Canada's needs. Monopolization and joint monopolization should be deleted; mergers should be made easier; safeguards should be added to protect industry and competition from the views of the Bureau; and the idea of entrusting rationalization (which is just another word for concentration) to a department so obviously hostile to the idea should be carefully reexamined.

INTRODUCTION

If we are to come to grips with a piece of legislation on competition, we should understand the theories and assumptions of those who sponsored it. Therefore, our first task in assessing the recently published Proposals For a New Competition Policy for Canada¹ must be to set out as clearly as possible what it is that the sponsors, that is, the executive officers of the Bureau of Competition Policy in the Department of Consumer and Corporate Affairs, believe about competition. In this task we are aided not only by the proposed bill (Bill C-42), but also by speeches and other submissions made by various spokesmen for the Bureau.

It should be emphasized at the outset that many of the theories and assumptions of the Bureau's officials are both widely accepted and essentially correct. For example, few are likely to quarrel with the proposition that some companies in an industry should not be allowed to conspire to drive out a competitor or to prevent entry. No one is likely to condone false and misleading advertising, and so on. It would be a waste of this Committee's time for us to go over the areas of agreement; and having made the point that there are many such areas, we shall proceed to matters on which there appears to be fundamental disagreement.

¹ Consumer and Corporate Affairs Canada, *Proposals for a New Competition Policy in Canada - Second Stage* (Ottawa, Minister of Supply and Services, 1977).

The single most important area of disagreement relates to concentration, or, as it is sometimes called, oligopoly, or competition among the few. Before proceeding further we must be absolutely certain that we understand what is meant by concentration or oligopoly.

WHAT IS CONCENTRATION?

Several different measures of concentration can be constructed, but the thrust of all of them is the same: they estimate the fewness of the number of firms that supply some arbitrarily defined but large share of a specific market for a specific product. Studies of concentration are inspired by a structuralist view of competition, which holds that the amount of competition can best be explained by counting the number of firms selling a particular product in a particular market. As any introductory textbook in economics will tell you, in the so-called "perfectly competitive" market a very large number of firms sells a perfectly homogenous product in a single market. In a "perfectly monopolistic" market a single seller sells a unique product. From these definitions it is but a short step to the conclusion that competition is a function of the number of firms. Hence those who believe in this theory count the number of firms--or at least the large ones--and produce industry-by-industry measures of "concentration".

THE BUREAU'S VIEWS ON CONCENTRATION

The views of the Competition Bureau on concentration are perhaps most clearly set out in the testimony of the Assistant Deputy Minister of the Bureau of Competition Policy before the Bryce Commission. In this testimony the spokesman states:

"Canadian competition policy law is expected to maintain and promote competition in the Canadian economy by prohibiting those practices of firms which are in restraint of competition and by discouraging the growth of concentration in Canadian industries."²

(Underlining added.)

The rationale for this policy is explained quite precisely in the following statement:

"Increased concentration in Canadian industry reduces the benefits which are expected to flow to the public from free competition in terms of lower prices for goods and services, a greater range of choice for customers, increased innovativeness on the part of firms, and a more efficient use and allocation of resources within the Canadian economy in the long run."³

Another quotation, this one from the Proposals, is important.

"In its Interim Report on Competition Policy, the Economic Council expressed considerable concern about the high levels of concentration in many Canadian industries. Subsequent research has shown that about

² *Testimony of Mr. Robert J. Bertrand, Assistant Deputy Minister Bureau of Competition Policy and Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act, before the Royal Commission on Corporate Concentration (Ottawa, November 3, 1975, mimeographed), p. 2.*

³ *Ibid.*

one-third of all manufacturing shipments in Canada are by industries in each of which the largest four enterprises account for 75 per cent or more of total industry shipments. As the Council pointed out, the higher the level of concentration the more likely it is that certain undesirable practices will occur,* such as explicit or implicit price agreements and anti-competitive trade practices. The Council took note of many studies which have shown higher than average profit to be associated with highly concentrated industries. According to the Council ability to maintain high profits over long periods of time is a sign 'that something is amiss in the efficiency of resource use'."**4

Two additional implicit views of the Bureau should be made explicit. The first is that concentration estimates such as those which the Bureau has published for Canada really do, in fact, measure what they purport to measure. For example, if we are told that it requires 20 firms to account for 80 per cent of the sales of a particular industry, we should be able to conclude that any customer for a particular product in that industry can choose to buy it from any one of 20 firms which, on the average, supply four per cent of the market, or from some unspecified number of smaller firms which supply the remaining 20 per cent.

The second implicit assumption is that as the number of firms in any industry increases, competition increases.

The above views of the Competition Bureau on concentration can be summarized in seven propositions.

* p. 79 (of the *Interim Report*).

** *Ibid.*, p. 80.

4 Consumer and Corporate Affairs, *op. cit.*, pp. 38-9.

1. The published data on concentration ratios are a reasonable indicator of the amount of choice that is available to a typical customer wanting a specific product in a specific market.
2. Competition always varies monotonically with concentration; that is, more firms always produce more competition.
3. Increased concentration produces excessive, or at least above-average, profits.
4. Companies in highly concentrated industries charge more than they would or could if there were more firms in the industry.
5. Increased concentration reduces choice to customers.
6. Companies in highly concentrated industries innovate less than those in industries with low concentration.
7. High concentration leads to a misallocation of resources.

If these propositions are correct then the law should indeed take a firm stand on preventing increased concentration or, what amounts to the same thing, increased rationalization. If the statements are true, then the Bureau is justified in suggesting that where high concentration is necessary for technical or cost reasons, safeguards of the public interest are necessary--provided, of course, that the benefits of the safeguards exceed their cost.

On the other hand, if, as we believe, the statements are not correct, then certain aspects of the proposed law and, equally important, the administration of the law are likely to be seriously at fault.

It is no exaggeration to say that the adjudication of the issue of the accuracy or inaccuracy of the Bureau's position with regard to concentration is the most important matter before this Committee. If the Bureau is wrong, then a number of important changes must be made in the law to reflect the economic realities in Canada. Furthermore, if the Bureau is wrong, then not only should the law be changed, but safeguards should be added to it and to the administration of it to ensure that damage is not done to the economy through the application of inappropriate laws and regulations.

Our first task in this analysis is to examine the seven propositions that summarize the Bureau's position.

1. What the Concentration Ratios Really Measure

Earlier we said that a concentration ratio purported to measure the number of firms supplying a particular product in a particular market. Looked at from the point of view of an individual buyer it should be an indication of the amount of choice the buyer has when he sets out to buy

a specific product in a specific market. Unfortunately, published concentration ratios do not provide any such measurement. This proposition can best be illustrated by considering a few actual cases.

My father sold dry goods in a small town in the West. There were never more than four sellers in that town even if we include the firm that sold its goods through a mail-order catalogue. Indeed for any one consumer who needed a particular product in a particular size, it is doubtful whether there would normally have been a choice of more than two suppliers.

Some "imports" were available, of course. In addition to buying the goods available through the catalogue, a resident could go to the nearest city where there were other suppliers. However, the merchants in this small town were protected by the tariff of bad cars and bad roads. As the cars and roads improved, the protective tariffs tended to fall, but even today the cost of a trip to the city is substantial and still constitutes a significant tariff even when amortized over a number of items.

My father actually operated in a highly concentrated market. His business escaped being identified as a dominant firm--which from the point of view of sales it certainly was--only because he was reported as one of

many thousands of merchants in several thousands of markets. The implicit assumption was that Canada constituted a single retail market. Merely to state this assumption is to underline its absurdity. In fact my father, all his life, was engaged in competition with just a few local firms, though, like any oligopolist, he was always mindful of imports, competing products, and the possibility of new entrants.

As a second example let us consider Canada's steel industry, which is usually described as highly concentrated. For any one product, a consumer of, let us say, cold rolled steel has about the same number of practical options as had the buyer of work clothes in my home town. The number of Canadian suppliers is limited. Nevertheless, like the sellers of work gloves, the seller of cold rolled steel must consider imports. Like my father he has the protection of the tariffs of distance and taxes. In terms of volume purchased and the expertness of buyers and sellers, however, the steel industry probably has no more protection than was enjoyed by my father.

From the conceptual point of view, or from the point of view of the intensity of competition, there is little to choose between the two situations. Certainly there is no appreciable difference in the number of sellers and number of buyers in the two markets. There is a very big difference, however, in the way the two situations are described in the published data on concentration! One is said to be highly concentrated; the other is not.

The Canadian brewing industry provides us with our third example. Breweries used to be relatively small establishments selling in local markets. In 1875 thirsty Canadians were being looked after by 164 different plants. Over time technology, marketing, and the economics of producing and distributing beer gradually changed so that today instead of having a few local breweries supplying each local market, we have a few large national distributors supplying each local market. From the point of view of the beer drinker sitting in his favourite tavern, very little has happened to the range of his choice over time; if anything it has probably increased. A great deal has happened to the way the "facts" are reported and interpreted, however.

We do not have an accurate count, past or present, of the number of brands of beer or the number of competing beverages available in a particular market. If we had, we could more readily tell what has happened to concentration in those markets. It is quite apparent, however, that the number of competing beverages has risen, as has the number of brands. The number of companies supplying any one market has probably not decreased. The total number of companies producing beer in Canada, however, has decreased markedly, and since this is the information used to measure concentration, there has been a marked change in the industry's level of concentration. Fifty years ago the brewing industry would have been reported as one with low

concentration; now it is reported to be highly concentrated. This apparent trend arises for no other reason than our failure now and earlier to measure and define with precision either our products or our markets.

As our fourth example let us choose, for no particular reason, a collection of industries: the seat cover industry, the squeegee industry, the gasket industry, the zipper industry and the industry that makes the machines which extract honey from honeycombs. Our list could continue for several hundred pages, but these will do as examples. These industries are highly concentrated; choice is strictly limited, and so is the market; the establishments (or the divisions of larger companies) that make these products are quite small. The concentration statistics, however, do not report any of these industries as industries: they are grouped with other small industries to form bigger industries with names like "Auto Fabric Accessory Manufacturers", "Button, Buckle and Fastener Industry", "Other Metal Stamping, Pressing and Coating Industry", and so on.

On the other hand, Sugar Refineries, Breweries, Rubber Tire and Tube Manufacturers, and Iron and Steel Mills are reported separately. A distinction is even made between "Newsprint Mills" and "Other Pulp and Paper Mills".

Why, one might ask, should data about these last industries be shown separately, while the data about the industry that

builds the machines which extract honey from honeycombs are buried presumably in an "industry" called "Miscellaneous Machinery and Equipment Manufacturers"? The answer is not difficult to find. When the sugar refiners or the steel manufacturers are grouped into a single industry, the aggregate value of sales, or shipments, or other variables shows up in a column headed "\$000,000.omitted". They are significant industries with significant outputs and employment. The seat-cover industry is not given special treatment because it is too small: in a table measuring millions of dollars, it would not show up.

What this means, of course, is that as long as the data collectors follow the common-sense rule of grouping companies until they get a set of values of significant proportions, the number of firms in an industry will reflect little more than the size of those firms. A few large firms will merit an industrial classification all to themselves. A few small firms will have to continue to share their industry with groups of other small firms until in aggregate they add up to something significant in numbers if not in meaning. Such a procedure is quite logical and does no great harm provided we do not use these reported numbers to measure things like concentration, which they were never constructed to measure in the first place.

The purpose of these examples was to show that concentration measures are not what they purport to be. We are now in a position to itemize a few of the more obvious problems inherent in the measurement of concentration.

1. Since the measures focus on the largest firms, they discount the choice made available by small firms and the competition they generate in the industry. In effect, then, the measures imply that "market power" is a function of size rather than cost efficiency, product quality, financial ratios and so on. This is not the case: if there is a price war, the firm with the lowest costs, the most attractive product and the highest ratio of reserves to sales will be the one that survives, whether that firm is large or small.
2. Concentration measures ignore interindustry competition. One is not allowed to pretend that wooden matches compete with paper matches, or that aluminum, wood and steel compete for the window-frame business.
3. Concentration ratios ignore imports.
4. Concentration measures do not take into account the threat of entry, which can be just as constraining as an actual competitor.

5. The concentration measures do not give a measure of what they purport to measure. They do not indicate the choice offered to a particular buyer for a particular product at a particular time and place. The measurements are especially faulty where small firms are concerned since there is a tendency in the way the data are collected to group many markets of high concentration into a corporate industry which produces low, but quite meaningless, measures of concentration.

What this all adds up to is that the concentration measures that have been worked out for Canada and the United States come much closer to measuring size and therefore growth than they do to measuring the amount of choice available to consumers.

2. The Relationship Between Concentration and Competition

If one were to approach the study of competition through an analysis of rivalry among countries, tennis players, lovers or businessmen, one would be unlikely to come to the conclusion that rivalry becomes more intense as the number of participants increases. If one has learned about business through an economics textbook, however, one might be more likely to assume that more firms always lead to more competition.

Time does not permit a full discussion of the concept of competition, but a few fundamental propositions should be noted. Perhaps the most important is that competition is

a multidimensional phenomenon. When we say that a game or a market is very competitive, we may be referring to one of several quite different aspects of the problem. Listed below are some of the ingredients of competition which apply to business as well as to most other situations in which there is rivalry.

- (i) Competition means that participants have the ability to exercise choice, which gives them the right of effective protest or reward. In a market of a monopolist there is no choice. Consumers do not have the means--through the market mechanism anyway--for registering approval or disapproval. Hence there is no competition.
- (ii) If sellers are competing we would expect them to try to make better offers than their rivals. Better offers will tend to be imitated. Hence competition means successive rounds of innovation and imitation.
- (iii) Competition is likely to be enhanced if the participants play the game according to a set of fair and equitable rules.
- (iv) A reasonable amount of energy, aggressiveness and independence should be exhibited by competitors.
- (v) Competition depends to some extent on the expertness and knowledge of the participants.

Each of these dimensions of competition warrants a study to itself, but for now we shall have to limit our discussion to just a few observations about the relationship between these dimensions and concentration.

(i) Concentration and Choice

The dimension of competition that is most relevant to those who believe in the concentration doctrine is probably the matter of choice. The construction and use of concentration measures imply that the more firms there are in a business, the more choice a customer has, the more competition there is and, presumably, the better off the customer will be. But is this true? How many trucks do you want delivering milk in your neighbourhood? How many jobs or girlfriends did you look at seriously before picking one? Did the game of hockey become more competitive when the league expanded?

In Capitalism, Socialism and Democracy⁵ Joseph Schumpeter suggested that choice and competition for leadership in the political process would probably be optimized if a country had two or three political parties. One party means dictatorship; a large number produces chaos; but two or three give voters the right of effective protest and should keep political parties more or less

⁵ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism, and Democracy* (New York, 1942).

in line with what people want. If a two- or three-party system provides sufficient competition in the political market where the outcome is of such significance to so many people, how difficult it is to understand why it should be thought necessary to have 100--or even as many as 10--manufacturers for such relatively unimportant products as dishwashers, cold rolled steel or machines to extract honey from honeycombs.

(ii) Concentration and the Innovation and Imitation Process

The issue with regard to the process of innovation and imitation is very clear. Suppose our need for steel can be met by 10,000 Canadian workers; is the industry likely to make greater progress in matters like cost reduction and product improvement if the industry is organized into two firms of 5000 each, five firms of 2000 each, 20 firms of 500 each or the perfectly competitive answer of 1000 firms of 10 workers each? It is obvious that in the Canadian context the answer must be closer to two than five and anyone who suggested as high a number as ten would be laughed out of court. Canada needs highly concentrated industries for the simple reason that in many industries competitive performance is likely to be better with a few large firms that can capitalize on economies of large scale in production, innovation, administration and risk taking than with many small ones.

(iii) Concentration and Fairness

On *a priori* grounds there is little reason to believe that concepts of fairness have much to do with the number of firms in an industry. It might be noted in passing, however, that as the number of firms decreases and their size increases, they become more visible and therefore may be more likely to be disciplined by social norms.

(iv) Energy, Aggressiveness, Independence and Concentration

The link between the number of firms in an industry and their aggressiveness or expenditure of energy is probably very tenuous. The concern of those structuralists who worry about the fewness of firms in an industry is that if there are only a few firms, they will become aware of their mutual interdependence (which they will certainly do) and learn to walk in lock step, thereby denying meaningful choice to consumers and bringing an end to the offer-improving processes of innovation and imitation (which they normally do not do).

This concern arises not from empirical data but from unrealistic textbook models. All too many economists learn about business through the simplistic models of price theory which suggest that a product is a product, that it has only one variable that matters--price--and

that price has only a single value. It follows, therefore, that it must be easy to form a conspiracy and agree on that one value.

The real world is different from the model. Even the simplest product will have at least 30 dimensions, most of which can be used to transfer a real benefit to the buyer. Price is not a simple number (except in price-tendering situations): while there may exist a *pro forma* price, there are often discounts of various kinds, and there are always many ways of adjusting the terms of the contract to reduce the effective price of the article.

The danger of collusion in an evolving, differentiated, multi-faceted product market is greatly overrated, especially if there is no tendering. In fact, unless a producer can make a firm, enforceable contract with his competitors, there is no defence against rivalry except to have the best offer and the lowest costs.

The struggle to have the best offer and the lowest cost is what competition is all about. Do oligopolies really abort this process by conscious parallelism? Look at rivalry in the real world and ask yourself: is it greatest in the many-firm industries of wheat growing and egg producing, or is it greatest in the high-concentration industries of computers and copying machines?

(v) Concentration and Expertness

Concentration as measured by Consumer and Corporate Affairs means bigness. Therefore one should expect increased concentration to increase expertness, and thus have a positive effect on competition.

This very brief look at the relationship between competition and concentration is probably sufficient to show that there is no reason to assume that competition will increase as the number of firms increases. Unless there are good reasons to the contrary, we do not want a single supplier of a product in a market, but two may be sufficient to produce all the rivalry we need or want. Three to five may well be the optimum number in most manufacturing markets. It is difficult, however, to think of any Canadian manufacturing industry in which we have, or in which we want, as many as ten manufacturers of a single, specific product serving a single, specific market.

We might very well welcome an increase in the number of firms from one to, say, three, but beyond this range the belief that competition increases as concentration decreases is not based on either sound theory or on any empirical measurements of the relationship between concentration and the different dimensions of competition.

3. A Correlation Between Concentration Ratios and Profit

The third of the seven propositions that were put forward as representing the Bureau's views on concentration is that there is a positive correlation between the level of concentration and the level of profits in Canadian industries. This is perhaps the most important of the propositions, and it is the only one on which the Bureau cites hard evidence. The officials in the Bureau undoubtedly believe that if this particular proposition can be proved, then certain of the others will follow logically from it. For example, if high concentration means high profits, then it would not be unreasonable to suggest that more firms will mean lower profits, which would be achieved, presumably, through lower prices rather than higher costs.

Because the assumption that there is a positive correlation between the level of concentration and profits is so important to the Bureau's case, we have set out in an appendix a detailed critique of the theory and of the statistical evidence to which the Bureau refers. At a later date we hope to publish an even more detailed criticism based on our own statistical analysis. For the moment, however, we propose to do little more than point out that the evidence cited does not support the Bureau's position. Let us turn first to the question of what the Bureau officials and the officials of the Economic Council of Canada thought they had discovered. Both of these

bodies were obviously impressed by the fact that when several different statisticians ran a simple correlation analysis of two variables, profit ratios and the numbers that purport to measure concentration, they found a weak though positive correlation in most cases. Without raising the issue again of the validity of the concentration ratios, let us try to understand the reasoning that follows from the discovery of this statistical relationship.

Economists have borrowed the idea of equilibrium from physics. Oceans all over the world, for example, seek the same level. They may slosh around a bit, but as long as we do not build dams around them, water will flow from high to low with the result that there will be little to choose between the elevation of one ocean and another.

Industries are the oceans of the economists. So long as there are no barriers, high profits will attract investment; low profits will repel it. High-profit industries will therefore attract additional resources to produce a larger output. Competition will then drive down prices with the result that profits are reduced to normal levels and equilibrium is restored. In low-profit industries the reverse happens.

The Economic Council argues, in effect, that just as one ocean will not remain higher than another for any considerable length of time unless someone has built a barrier, so

SUBMISSION BY

PROFESSORS D.E. ARMSTRONG, M.G. ARMSTRONG,
PETER FRIESEN AND DR. DANNY MILLER

TO

THE STANDING COMMITTEE ON FINANCE,
TRADE AND ECONOMIC AFFAIRS

WITH REGARD TO BILL C-42

it must be in the case of industries. The purported barrier to achieving equilibrium in industries turns out to be high levels of concentration, and therefore it must be concluded that high concentration, presumably because it leads to explicit or implicit collusion, impedes competition. This is the substance of the Bureau's case.

From our previous discussion of what the concentration data really measure, it will be clear that our first quarrel with the analysis of the Bureau of Competition will concern its interpretation of the data.

We have already pointed out that the published figures on concentration probably come much closer to measuring size and growth than to measuring concentration properly and narrowly defined; and this brings us to the nub of the analysis.

There is nothing anti-competitive or antisocial about having a positive relationship between profit and growth rates.

Indeed the whole idea of consumer sovereignty is predicated on just such a relationship. If consumers like a particular product they will allocate more of their income--more of their dollar votes--to that product. The sellers of that product thus win a popularity contest, and their rewards are profits. If the market system is working properly, however, the high profits will attract other investors and encourage expansion. Capital investment and human resources will flow into the industry and in this way consumers exercise their influence over what is produced. This brings us to the pronouncement

by the Economic Council of Canada and the Bureau of Competition Policy that the "ability to maintain high profits over long periods of time is a sign 'that something is amiss in the efficiency of resource use'." ⁶

Back in 1969 when this statement was published it was a reasonable assessment of the then prevailing view, but it cannot be used today as representing current knowledge. In the first place Professor Brozen ⁷ found that high rates of return in concentrated industries do, in fact, tend to decline as traditional theory suggests but even if there existed a tendency for profits to persist, would this prove that something was wrong with the operation of the economy? Any such assumption derives from a failure to appreciate the nature of markets and of the variables that intervene between concentration ratios as measured and profit rates. Let us look first at the nature of markets.

The theory that high profits in an industry must disappear in the short run arises from an oversimplified theory of what a product is, or what an industry is all about: it assumes, for example, that over time a car is a car is a car.

⁶ See page 6.

⁷ Brozen, Y., *"The Antitrust Task Force Deconcentration Recommendation"*, Journal of Law and Economics, (1970, pp. 279-292).

Even at any one time, and certainly over time, a car is not a car. Nobody invented the car. A number of people put engines in carriages and invented "horseless carriages". These terrifying machines produced more adventure than transportation, and men still alive can remember winning debates about whether the horse-drawn vehicles were superior to the horseless carriages. (I won my debate by the logic of my arguments that the tractor would never replace the horse!) The motor car produced a whole series of linked advances which over a period of 70 years resulted in many different cars. Why, in such circumstances, should this industry not have an above-average rate of growth for as long as it enjoys an above-average rate of investment?

The statistics are marred by our failure to define precisely. Had we defined products strictly, horseless carriages would have remained horseless carriages. Our statistics would then have told us that the horseless-carriage industry prospered for a time and then declined. Our experience would have told us that it declined because supply increased but more particularly because a new Model T industry grew up, which was in turn displaced. For the practical statisticians who have to collect the data, however, a car is whatever the automotive industry produces, and the automotive industry includes any company that produces any car-like vehicle. Whether this evolving so-called "industry" has succeeded in making above-average profits for a number of years is surely

a function of its ability to produce new and better products and services over that time period. This ability to maintain growth (and therefore increase size) and profits over long periods of time may in part be attributable to the happy accident of being in the right industry at the right time. Would Henry Ford have become a household name if he had used his genius to make furniture, or would his genius have told him to get out of that business because it would be hard to grow and prosper in it?

Once a firm has grown large, whether by good luck or good management, it acquires facilities and develops economies of scale of production, distribution, management, innovation, and risk taking which should help it to maintain its above-average performance. Small (genuinely small), low-concentration firms producing eggs, wheat or hogs may grow with population, and with the changing economics of production, but these changing economics will result from the work of others. Small firms--small in the Canadian context, at least--normally do not have the resources or the research and development capabilities to innovate; yet innovation in the broad sense (which includes switching from one product to another, or from one industry to another when the occasion demands) is what growth is all about. Again there is nothing anti-competitive about this state of affairs. Successful innovation should be rewarded by both growth and profit, and if firms have a history of successful innovations they are likely to have the combination of skills and resources that are necessary to enable them to continue to be successful.

In the Appendix we have developed at greater length the relationship between concentration (size) and risk premiums. The investment process must by its very nature be geared to expected, future profits, not actual profits; and future profits must promise to be large enough to cover a fair return on riskless investment plus a risk premium. It can be shown that the risk premium for large firms is likely to be smaller than for small firms and, therefore, that large firms can afford to assume risks (innovate and make large-scale investments) that smaller firms cannot afford. Since risk premiums are reported as being part of profits, we should expect concentrated industries with their large firms to have somewhat higher profits. These risk premiums, of course, will not be eliminated by breaking up large companies; indeed the risk premiums are likely to increase, and the high-risk innovations and investments are likely to be more expensive if undertaken by small firms.

What we are saying is something simple, yet profound. Eggs fulfil about the same role in the economy now as they did 100 years ago; the growth in their output has been relatively slow. Egg producing firms are small and not generally equipped to innovate. Horseless carriages, cum model T's, cum gas-guzzling polluters, cum energy-conserving non-polluters are playing a bigger and a changing role. The large firms that have survived and grown in this industry are in a position to continue the innovative process. Is it really surprising

that one should find the growth rate, size and profits of the auto industry ahead of those of the egg industry? Surely this is as it should be. Surely this is the way consumers want it.

In any event, as is shown in the Appendix, the superior profits which were once associated with higher concentration ratios generally disappear when such factors as size, growth and risk premiums are taken into account. What all of this means is that there is no consistent statistical evidence that fewness of firms per se produces monopoly profits.

4. Prices in Highly Concentrated Industries

The proposition that companies in highly concentrated industries charge more probably follows from the belief that there is a correlation between profits and concentration. We can now see that this correlation is spurious, but even if it were not, we could not assume that we pay higher prices for auto tires today than we would if there were 100 firms in the business. On the contrary, we can be reasonably sure that if we were to break up our large firms, costs and prices would go up, not down. The whole point of the perceived need for rationalization, which is just another word for increased concentration, is that many men of practical experience have concluded that we have too many firms of insufficient size in many industries, and as a result our prices are too high to enable us to compete in world markets.

The widely held judgment that Canadian industry needs to be rationalized flies in the face of the contention by the Bureau that concentration leads to higher prices. In any event, once one sees that there is no positive relationship between concentration, properly defined, and profits, the argument that lower concentration will reduce prices collapses.

5. Increased Concentration Reduces Choice

The Bureau contends that high concentration means less choice. Presumably this means that because the four leading automobile companies in Canada account for 93.9 percent of the "Total Value of Factory Shipments of Automobiles" (a figure that must not be confused with sales, which include imports), consumers have less choice than they have when they buy miscellaneous leather products, for which the four largest enterprises account for only 20.69⁸ percent or when they buy eggs, for which the four largest farmers in the country probably account for less than 1 percent. As a practical matter, however, such a measure is misleading. Little change has occurred in egg products over the years, and as long as eggs are just eggs, the number of producers is quite irrelevant from the point of view of increasing our range of choice at any one time, or over time.

⁸ Department of Consumer and Corporate Affairs, *Concentration in the Manufacturing Industries of Canada* (Ottawa, Information Canada, 1971), Table A-1.

As far as miscellaneous leather products are concerned, we do not buy a product with that name: we buy leather bookmarks, leather key holders, leather pencil cases or leather desk sets, and it is doubtful whether for any particular leather product we face as wide a range of choice, whether at any one time or over time, as we are offered by the highly concentrated automobile industry.

A good case can be made for saying that meaningful choice increases, not decreases, with concentration, or at least with the concentration numbers reported by the Bureau of Competition Policy.

6. Increased Concentration Reduces Innovation

The suggestion that Northern Electric, IBM, Xerox, Texas Instruments and Bell Canada, which are dominant firms in highly concentrated markets, innovate less than firms in industries producing eggs or miscellaneous leather products comes as such a surprise that we can perhaps set this idea to one side until we are given data, or even one good *a priori* reason, for believing that this can possibly be true.

7. Concentration Misallocates Resources

The charge that monopolists (technically defined as firms with price-sales relationships that are less than perfectly

elastic) misallocate resources in a world of otherwise perfectly competitive firms is really of interest only in a course on the history of economic thought. In any event, if one did attach any importance to this theory and tried to find a way of achieving the proper allocation of resources in the real world, one would aim, not for perfect competition, but for a uniform degree of monopoly. By analogy in terms of concentration, one would not aim to reduce concentration to zero any more than one would aim at perfect competition; instead one would aim to produce a uniform degree of concentration.

Such a theoretical route should lead us to try to encourage higher concentration ratios if there are too many firms, and lower concentration ratios if there are too few. The theory, of course, does not tell us the meaning of "too many" or "too few". It seems likely, however, that if we ever had an accurate measure of choice we would find that the golden mean for the number of manufacturers of any reasonably specific product in any carefully defined Canadian market would turn out to be in the range of two to five.

There are other ways of misallocating (wasting) resources than by having the wrong number of firms. The immediate danger is not likely to arise from the fact that we may have too few people (or firms) producing dishwashers and too many people (and firms) producing eggs, which is the sort of problem that is involved in the textbook problem of

misallocating resources. The more likely danger is that we shall have too few people producing either eggs or dishwashers, and too many civil servants enforcing too many regulations, holding too many enquiries, and forcing industry to reallocate too many people from production and the creation of wealth to filling out forms in triplicate.

If the proposed legislation goes through without substantial amendment there seems to be no limit to the unproductive bureaucracy in both government and industry that will be created. That will be a very serious misallocation of resources.

THE DIVISION OF THE ECONOMIC PIE - A FURTHER TEST

We began this brief by examining some of the stated beliefs of the Bureau of Competition especially as they concern concentration or oligopoly. On both empirical and *a priori* grounds we found that their views are open to serious question.

There is, however, another way in which these theories can be tested. If we are correct in believing that most businesses are in fact in oligopolies and if the structuralists are correct in thinking that oligopolists are generally exempt from the rigours of competition those facts must have some impact on how the economic pie is being divided.

Businessmen should be in a strong bargaining position vis-a-vis the rest of the community. Without competition checks

they should be able to exploit workers and consumers and allocate an ever larger share of the economic pie to themselves as managers and shareholders. The rich and the powerful (presumably the managers and shareholders) should be getting richer and the poor (presumably the workers) should be getting poorer.

Are the structuralists right? Does the division of the pie suggest that the economic power of oligopolists needs to be curbed? Let us consider a few of the relevant facts.

- The real rate of return to shareholders (that is, capital gains plus dividends minus capital losses, deflated for the rise in consumer prices) has been trending downwards for the last 25 years. No one who has been investing in the stock market will have any trouble recognizing this fact.
- Profits, deflated for inflation, have been trending downwards as a percent of dollars invested.
- Since World War II at least, and probably for longer, managers' real after-tax income has been declining in absolute terms and the fall in relation to the real after-tax income of workers has been particularly dramatic.
- Workers' real income per hour worked has been trending strongly upward, especially when fringe benefits and the changing age-sex composition of the labour force are taken into account.

- Consumers, the protests of all of the activist groups notwithstanding, have never done so well. For almost all products, the real, time-cost, that is, the number of minutes an average worker has to work to pay for a unit of a given product, has fallen quite steadily over time.
- Despite the confusion caused by the publication by Statistics Canada of some rather meaningless "snapshots" of annual incomes which are distorted by changes over time in age-income profiles and in the age distribution of the population, it now appears that in terms of life-time incomes the poor are getting richer and the rich are getting poorer.⁹

These observations do not suggest that the monopoly as oligopolistic power of business is significant.

CONCLUDING OBSERVATIONS AND RECOMMENDATIONS

The most striking feature of the proposed bill is that it constitutes a massive new intrusion of government intervention into the private sector. Bill C-42 is almost double the length of the Combines Investigation Act. If it is passed without amendment the number of lawyers, economists and civil servants needed could easily triple or quadruple. The Bureau of Competition Policy proposes to

⁹ Armstrong, D.E. et al, *"The Measurement of Income Distribution in Canada"*, Canadian Public Policy, forthcoming.

retain virtually all of its effective powers, and in addition it has added new and far-reaching areas in which it will be empowered to intervene in one way or another.

The Members of the Committee must ask themselves whether the bill is an appropriate response to the Canadian reality of today. If the crime rate is increasing, perhaps we should have more policemen. If, to use Parkinson's example, there are more ships in the Royal Navy, then perhaps there should be more civil servants in the Admiralty in Whitehall. But if profit rates are low and falling and show no relationship to the level of concentration, if interindustry competition is obviously increasing, does the bill not begin to look like a classic example of Parkinson's Law and a case history of how it has happened that within ten years the share of Gross National Expenditure passing through the hands of all governments has increased from under 30 to over 40 per cent?

We strongly urge that as Committee members you remember Mr. Parkinson and that you take out of the bill any matters on which you have reasonable doubts. The most important sections to eliminate from the bill are those dealing with monopolization and joint monopolization. It runs counter to the commonly accepted meaning of the word to be told that "monopoly" can apply "to one or more persons...notwithstanding that they account for less than fifty percent of a class or species of business in which they are engaged". (p. 190.) It is almost as though the way is being paved for the prosecutor to win all future cases by having all

businesses declared statutory monopolists. Any business in Canada that competes vigorously could be in danger of being labelled a monopoly.

Joint monopolization turns out to mean nothing more nor less than belonging to an oligopoly that produces a reasonably homogeneous good or service. In section 31.73, the Bureau has fashioned a net which could catch virtually all businessmen in Canada, large and small. These sections should be scrapped.

Another section in which the anti-rationalization bias of the Bureau of Competition Policy shows through is in the proposed treatment of mergers. As a minimum this Committee should raise the limit below which mergers would not be subjected to approval to 40 percent, and provision should be made for pre clearance.

Mergers and the implication that the judgment of the Competition Bureau is superior to that of the Foreign Investment Review Agency on such matters bring us to another matter which this Committee must consider very carefully, and that is the apparent desire of the Bureau to concentrate power in its own hands. It is not at all obvious that competition law should have priority over all others. The views of the Bureau on concentration, that is on oligopoly and rationalization, have been clearly stated. If so much power is placed in the hands of officials with these views on industrial structure, we could quite easily find ourselves embarked on an industrial strategy of promoting smallness of scale and

neo-mercantilist regulations that could be the exact opposite of what Canada needs at this time. As a practical matter, if we want rationalization it would be preferable to have its administration in the hands of Industry Trade and Commerce rather than Consumer and Corporate Affairs because in the former there is some expertise on real-world competition.

The idea of having a preamble is good, and it is appropriate to explain to future prosecutors and judges the intent of the law, and the philosophical and economic setting within which it should be administered and interpreted. For example, no tribunal should be encouraged to judge competitiveness without examining the full meaning and implications of the multidimensional nature of products and the multidimensional nature of competitive processes. A court or a board should not be allowed to ignore the facts of life of interindustry competition and to imply, for example, that wooden matches do not compete with paper matches. No group administering this law should be encouraged to believe that competition is the only aspect of economic life that is of consequence.

The preamble would be more accurate and more useful if the following changes were made.

1. page 135, lines 34-35

Since the Bureau has not made a case against concentration the words "unnecessary concentration and" should be deleted.

2. page 135, line 40

It is wrong, given the Bureau's concept of the existing state of knowledge, to say that "the effective functioning of such a market economy may only be ensured through the recognition and encouragement of the role of competition". Perhaps if we have a better understanding of the meaning of competition the statement would be less dangerous, but as long as there are some who believe that rationalization (higher concentration) is anti-competitive, the word "only" should be deleted.

3. page 135, line 48

After "the administration of such laws in a consistent and uniform manner" there should be included a clause such as: "which takes into account the multidimensional nature of products and of competition, the important role of imports, the potential entry of new firms, the existence of interindustry rivalry, and the overriding importance of performance."

THIS APPENDIX SHOULD BE ATTACHED TO
THE SUBMISSION BY

PROFESSORS D.E. ARMSTRONG, M.G. ARMSTRONG,
PETER FRIESEN AND DR. DANNY MILLER

Kindly note in the Submission the following corrections:

1. Page 1, line 7, item 2: should be "as" instead of "or"
2. Page 26, line 12: should be "profit" instead of "growth"
3. Page 35, line 14: should be "as" instead of "or"

APPENDIX

PROFITS AND CONCENTRATION

AN ANALYSIS OF THE THEORETICAL RELATIONSHIPS

AND OF THE EMPIRICAL EVIDENCE

UNDERLYING THEORY

Traditionally, economists have been quick to point out the potential ill effects of oligopolistic or monopolistic market structures. "Excess" profits, restriction of output, and the resultant misallocation of economic resources are supposed to stem from imperfect markets. One measure which has frequently been used to describe market structure is the concentration ratio - that is the percentage of total industry shipments accounted for by the largest few ("few" normally meaning four or eight) firms. It is believed that concentration facilitates collusion in establishing prices and output levels, and that such practices will enable firms in concentrated industries to earn larger gross margins, returns on assets, or returns on equity, than firms in less concentrated industries.

According to Harold Demsetz (1972):

"The contemporary doctrine in this area rests upon an asserted close relationship between an industry's structure and the intensity of competition. The more concentrated is the structure, the more monopolistic is the behaviour expected from the industry." p. 71.

J. Weston (1972) states:

"The main basis for the attack on concentration has been the structural approach to industrial economics...[in which] high concentration or oligopoly can be equated with collusion and shared monopoly. It is argued that while there may be rivalry between oligopolists, awareness of the interdependence of their actions leads to either overt or spontaneous collusion." p. 225.

As we have already seen, the officials of the Bureau of Competition Policy take very seriously this theory that concentration destroys or weakens competition. Indeed, as the testimony of Mr. Robert J. Bertrand before the Royal Commission on Corporate Concentration makes clear, they interpret their mandate in part as "discouraging the growth of concentration in Canadian industries" (supra p. 5).

The case of the Bureau and of others with similar views rests primarily on empirical evidence of a correlation between concentration and profit rates.

The question is whether the evidence on concentration and profit justifies the views of the Bureau and the structuralists. This Appendix will show that even in a highly competitive economy there should be some correlation between profits and concentration. Only if the correlation is greater than can be explained by other factors that we shall describe should we be concerned: only then is it possible to say that some part of the above average profit is caused by anti-competitive practices. This Appendix will also contain a review of the studies on concentration and profit and demonstrate that the results could be expected in an economy that is functioning normally and competitively. No hypotheses of extensive monopolies or collusive practices are needed to explain the findings of these studies.

The first part of the Appendix contains an examination of what the "real world" tells us about the possible relationship between

concentration and profits. By adjusting economic theory to what we observe when looking at the normal economic behaviour of corporations, we develop a model which predicts the type of relationship that should exist between profits and concentration. We stress particularly the potential roles played by the interaction between economies of scale (especially in risk management), product innovation, and size, in producing a positive correlation between profits and concentration ratios. It will be argued that large firms, which tend, of course, to be found in concentrated industries, have more chances to be efficient. For example they require lower risk premiums than their smaller counterparts in undertaking capital projects. While this allows them to render services more economically than small firms, they stand to make an above-average profit because of natural lags in capital spending and the absence of still larger firms that could do the job even more cheaply. Large enterprises could be supplanted by smaller ones only if the risk premium was raised. Under such a condition, the consumer loses in having to pay higher costs. This is one reason for expecting a mild positive concentration ratio to profits (CR-P) relationship. The association between size and the success of the innovationimitation process is another reason. The role of size in the innovation-imitation process is quite subtle. Innovators make more profits as the delay increases between the introduction of a new product or new process and its imitation by a competitor. The delay may increase with product complexity, product differentiation, brevity of the product life cycle, and the size of the investment 'risk'. High costs of imitation also contribute to barriers to entry for imitations. There is some tendency for such attributes to be more pronounced in oligopolies

populated by large firms than in other markets, and this, too, might cause a small positive CR-P correlation--a correlation that could disappear if these other factors were taken into account.

The second major section of the Appendix shows that the empirical literature bears out most of the predictions made on a priori grounds in the first section: there does appear to be a positive simple CR-P correlation. However, when researchers control for the influence of product differentiation, innovation expenditures, size, growth, economies of scale, and barriers to entry, using sophisticated multiple regression techniques, the CR-P relationship generally loses statistical significance and often disappears.

THE EXPECTED LINK BETWEEN CONCENTRATION AND PROFITS IN A COMPETITIVE ECONOMY

In the traditional economic model of commercial activity, there should be no above-normal profits in any industry as long as the firms in each industry do not collude with each other. The reason for this is that other firms have pools of capital that they are continually seeking to invest at superior rates of return. Accordingly, they will invest their capital in facilities to serve the customers of any highly profitable industry. This will increase the supply of the product and lower the profit in the industry until its profitability is once again normal. Even in an industry with high barriers to entry, this should be true as long as there are already a few firms in the industry. Again, the reason is that each firm has an incentive to increase its output whenever the profitability of the industry is superior.

When we recognize that the decisions of firms in an actual economy are made under uncertainty, the above principle must be restated in terms of expected rather than actual profits. Investment will be undertaken only if expected profits are normal. In addition we must recognize that investment for the future involves risk and that each firm will have a risk premium (which could be zero) which would have to be covered before it would invest. In such a case firms would not consider profits to be an incentive for action until they were high enough to cover the risk premium.

Risk premiums will not be significant in any situations in which the risks of loss are small compared with the pool of capital which the firm has. From this we can see that a small firm with only a small amount of capital will be more averse to the investment risk in a given industry than will a larger firm and will, therefore, be at a competitive disadvantage relative to the firms that are large enough not to be deterred by the risk in that industry. The larger firms will enter the industry until the risk premium disappears. If there are no potential entrants that are larger, however, then the risk premium in an industry will remain.

We can infer that risk premiums are likely to occur mainly in industries for which the minimum economic scale is so large that only a limited number of firms can achieve it. Such industries tend also to be very concentrated (Weston and Ornstein, 1973, p.8.). Since empirical studies measure profitability as a return on equity or as a profit margin, the existence of a risk premium will be shown as superior profitability. In these studies, then, we should expect some tendency

for the most concentrated industries to have superior profits (Qualls, 1973-74, p. 604 Table V; Rhoades and Cleaver, 1973-74, Table II).

To the extent that extra profit is attributable to a risk premium, it cannot be eliminated by breaking up large firms. Smaller firms will be less able to take risk and will require a larger risk premium. The solution is to have rather larger and possibly more diversified firms to cope with the challenges of the industry in order to reduce profits and prices.

Not all highly concentrated industries are composed of large firms with large investments: they may be made up of firms with a minimum economic scale that is not large enough to warrant a risk premium. Therefore the effect of risk premiums should be to induce only a weak correlation between profit and concentration.

The risk premium of an industry will be an increasing function of the variability of firms' profits. One would guess that the risk premium would rarely be larger than one or one and a half standard deviations of the profit. If we were to survey the causes of substantial variability of profit in each industry, then we would have a clear idea of what factors are likely to be associated with risk premiums. One such source of profit variability is described below.

Consider, for example, an industry for which capacity increments are very expensive compared with the profit margin that is earned from their utilization. Such an industry will change its capacity relatively infrequently and will add a large enough increment to bring its expected profit down to the level that just covers the risk premium.

However, any capacity increment is selected to adapt to a probability distribution of demand over the next few years rather than to a known demand. It follows, therefore, that if the carrying cost of the capacity is large compared with its return, the capacity level that leads to normal expected profits will be substantially below the capacity needed to serve the expected demand. (This is because profit is a non-linear function of demand in such a case, and so expected profit will not be related in a simple way to expected demand.) In that case, the probability that demand will be greater than capacity, and therefore that prices will later be driven up, will be greater than 50 percent. This result stems from the fact that growth in demand in the industry is assumed to be random and that the cost of the capacity is high enough to make the optimal decision provide for less than the median level of capacity. (This is a variant of the "Newsboy Problem", which is a standard topic in Operations Research.)

After the capacity increment is installed, if it turns out that realized demand falls in the upper range of its probability distribution, the capacity decision cycle will begin all over again. This does not mean that firms in the industry will immediately add another capacity increment, however. If the demand is inelastic, the capacity needed to bring expected profits down may be less than the smallest increment that is economically practicable. The managers in the industry will not see the problem as one of "inelasticity of demand", of course, but they will have a sense of how much more capacity is "needed". If this is less than the minimal economic increment, they will let profitability grow until the extra demand can pay for the capacity increment needed to serve it.

It will take some time for a firm to collect and analyze data and to decide whether another capacity increment is justified. Even if it is, more time will elapse before it is ordered, before it works its way through the order backlog of the capacity supplier, and before it is actually fabricated. During all this time, the superior profits due to a "mistake" in a capacity decision will endure, and such "mistakes" will happen in more than 50 percent of the decisions to add capacity.

At the time he made the capacity decision the manager would have foreseen all of this as a possible outcome; therefore the decision on average will still just cover the risk premium. Balancing the profitable outcome that has been described, there is an unprofitable outcome of the decision that lowers the average profit. However, the description of the profitable outcome gives us an idea of the variability of outcomes that is possible and therefore, of some basic causes of the risk premium.

This type of risk premium can be expected to be most significant in industries that are very capital intensive, so that there would be a long delay in adding capacity. The premium is also likely to be more important in industries with large plant sizes. A large minimum economic scale is at least necessary, though not sufficient for a large minimum capacity increment that is economical to undertake. That is, some industries with large plants will be able to add small fractions of that capacity economically, while others will have such

large set-up costs in adding capacity that these costs will have to be spread over large increments of capacity. Finally, industries with low capital turnover (low sales-to-capital ratio) will have a greater tendency to add conservative amounts of capacity than others.

Empirical studies could correct for the effect of risk premiums on profitability by including variability of profit of the firms in the industry as an independent variable in the regression equation for profit. If this is not done, the influence of the risk premium will fall on the more basic factors, which are the capital-to-labour ratio, the minimum economic scale and the capital-to-output ratio, as well as the variability of the growth rate. However, it has been found that these are some of the factors that lead to high concentration (Ornstein, Weston, Intriligator, 1972-73). Studies that carefully controlled for these independent factors might not find a correlation between profitability and concentration.

The early economists developed the traditional argument that competitive industries would have only normal profits in order to explain some of the effects of competition. We have had to modify this argument to take account of firms' aversion to risks in the face of uncertainty. Now we introduce another modification that is necessary in order to consider the effects of innovation and of imitation of products and services by firms.

In the traditional analysis, an industry is a group of firms that produce a collection of products which are similar and completely familiar to their customers. The customers are fully aware of the advantages and disadvantages of each product. They know which of the products is most suitable for any purpose they may have in mind.

In actual fact, the customers and the firms of an industry are affected not only by the products that are being produced but also by an infinite number of potential products that could be produced by firms in the industry. The potential products of an industry may be fairly similar in their method of production but very different in their uses. A firm that is not customer-oriented may ignore this fact, sometimes to its peril. In England in the 1960's, for example, Smith's Potato Crisps Ltd. ignored the fact that its current product, potato chips sold in taverns, was not the same as a potential product, potato chips sold in grocery stores. This gave a small harmless competitor a chance to introduce a new product (potato chips sold in grocery stores), and it became a big and dangerous competitor (Bevan, 1974). Because of the sometimes overwhelming impact of seemingly small product differences, an astute businessman will define a product by all of those characteristics that impinge on his customers' buying habits. Any change in these characteristics is likely to affect the product's sales and therefore makes it into a different product. It is a complex decision for him to determine how many and which differences in these characteristics of the product he will include in his product line. The potential products of an industry are important because one of them could prove to be superior to the current products. If a firm starts to produce it, all the customers may switch to the new product; this would be a boon to the customers and to the innovating firm, but very disconcerting to the other firms in the industry.

When a firm introduces a new product, it will have a monopoly on it as long as its competitors do not imitate it; meanwhile the firm can earn profits above the normal level. If this product is superior, the firm's competitors will imitate it as fast as they can. If it attracts new customers to the industry, the competition may not even notice (Bevan, 1974). If the new product is a substitute for the other products but superior only in the eyes of some customers, the length of the delay in imitating will be between the previous extremes.

By the time competitors imitate a new product, the innovating firm, may be ready with still another new product. In that case its greater profitability will persist because it will always be earning superior profits on the new products in its line.

Of course the development of new products will be more costly in some industries than others. Moreover, a new product is by no means always successful: there is a substantial risk that the development costs will not be recovered. As we saw in our discussion on risk premiums, firms that are large enough not to need a risk premium in order to introduce a new product will have a competitive advantage over firms that do demand one. Therefore, firms will tend to be larger in industries where innovations are common and risky. Nevertheless, this tendency may not be as marked in the case of innovation risks as it is in the routine investment risks discussed earlier. This is because a smaller firm may be able to develop a superior innovative

technique to compensate for its vulnerability to the risks that characterize the industry. However innovative processes are themselves often a function of scale so that there is a limit on the ability of a small firm to substitute clever strategies for large scale.

In an industry with many products, it is not uncommon for only about 20 percent of the products to generate 80 percent of the sales and profits. The trouble is that the products that are in the profitable 20 percent are always subject to change. Over time, a firm with an edge in innovative techniques can find new products that take their place in the profitable 20 percent more often than the new products of its competitors. This causes the successful firm to grow faster than the industry, and take an increasing share of industry sales. This of course is a threat to its competitors, and the only way they can avoid sinking into oblivion is to imitate the innovative techniques of the growing firms. A constantly growing firm may be nothing more than a sign that its competitors have failed to imitate the organization and behaviour that has led to the innovator's success. Neither competition nor consumer welfare would be enhanced by suppressing knowledge of how to innovate successfully, or by taxing away the profits accruing to successful innovation or by breaking up successful firms.

As was suggested earlier, the countervailing influence to the superior profits from innovation is imitation by competitors. However, the profits to the innovator will be greater the greater is the

delay in imitation. What sorts of situations would lead to such a delay? First, the opportunity for imitation has to be recognized. Next, a potential imitator also has to estimate the life of a product. In industries for which products have high rates of obsolescence, the imitation delay does not leave enough time to recover the costs of imitation. In that case, firms will just introduce new products rather than imitate other products.

The profits of the product to be imitated have to be large enough to justify the imitation costs and the imitation investment. The higher the cost and the greater the investment, the longer and more carefully will the situation have to be studied before the imitator knows whether imitation will be profitable. The above-normal profits of an innovator can last as long as the product if the profits are not high enough to justify imitation. Even if imitation is justified, higher development costs and investment will mean a lengthier development period and a delay in imitation.

If a product is complex or is being sold to new customers of the industry, the customers will not be able to evaluate the product quickly. In that case the build-up of sales after imitation will be slow. Again a higher innovation profit will be required to induce imitation.

From all of the discussion so far there have emerged several joint causes of higher innovation profits and higher concentration

ratios. These will contribute to a weak correlation between profits and concentration.

Wherever the innovation risks are large, a significant fraction of the capital of a successful firm will earn above-normal profits. Moreover when risks are large then firms are likely to be large and industries are often more concentrated. But then a significant portion of a firm's capital will comprise a significant fraction of the capital in the industry so that the industry will have a superior rate of return on its equity. In less concentrated industries, a smaller fraction of the capital of the industry will usually be earning innovator's profits, with the result that the average rate of return will be smaller for the industry. Again this is an effect which we should expect will differentiate only slightly among industries and therefore will induce only a weak correlation between profit and concentration.

Firms that enter an industry with new brands of a product can also be viewed as imitators, and these imitators will often be at a competitive disadvantage compared with those already there. That means that high costs of imitation will also be high costs of entry. Since innovative profits have to be higher to induce imitation when imitation costs are high, profits will be slightly correlated with barriers to entry to the industry (Orr, 1974-75). Concentration, however, is also correlated with barriers to entry if the capital-to

labour-ratio, variability of profit, and size of firm are taken as indicators of barriers to entry (Orr, 1974-75. and Ornstein et al, 1972-73).

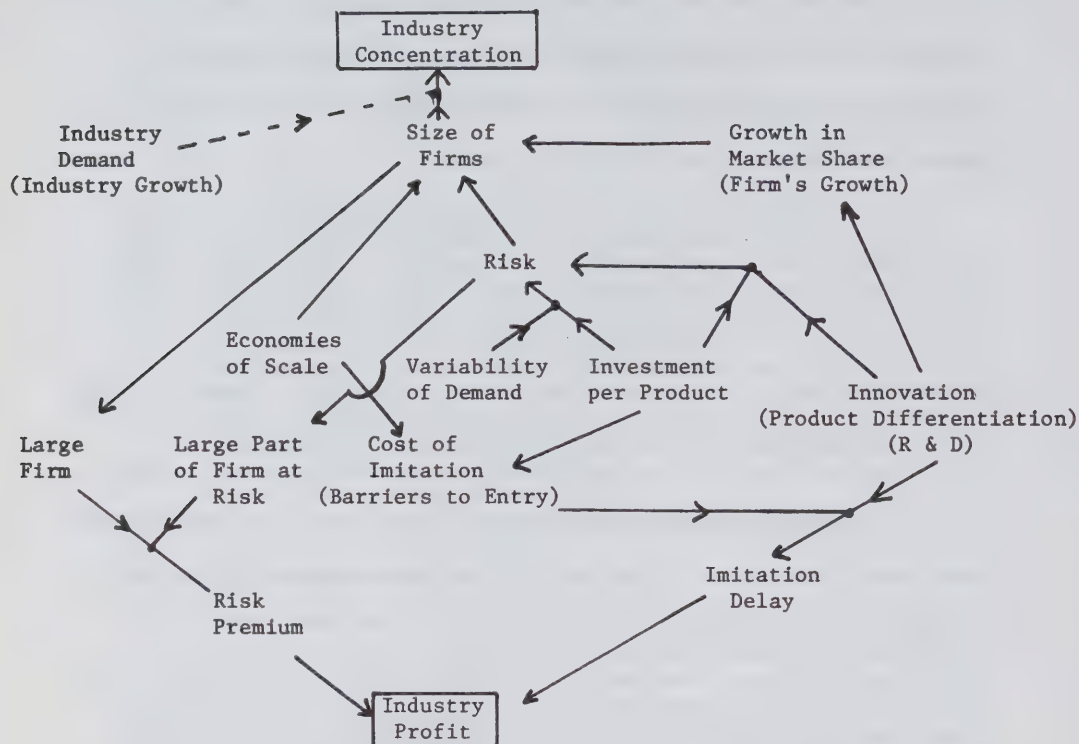
Finally, delay in imitating and the superiority of profits needed to induce innovations will be greater for costly imitation projects. These are likely to be taken on by larger firms, which tend to be found in more concentrated industries.

Figure I is a summary of the previous arguments. It shows that superior profit is caused by risk premiums and imitation delay, and it indicates the underlying causes of these two factors. The figure also shows that to some extent concentration is caused by large firms, and demonstrates why some firms have to be large.

Because high concentration and high profits have some of the same underlying causes, they should often occur together. In the empirical literature these relationships will be reflected by a positive correlation between factors connected by a solid arrow. If these underlying factors are controlled for, and if the figure is correct, there should be no residual correlation between concentration and profit unless of course concentration per se produces above average monopolistic profits through explicit or implicit collusion.

FIGURE I

SOME FACTORS THAT CAUSE
INDUSTRY PROFIT AND CONCENTRATION
TO VARY TOGETHER



- Factors in parentheses are mentioned in the empirical literature.
- Arrows show which factors affect which.
- Dashed arrows show that the factors vary inversely.
- Joined arrows show joint effects (one factor alone would have no effect there).

THE EMPIRICAL FINDINGS

We shall discuss only those findings which are the most recent or the most important. A more complete summary of the literature up to 1974 is contained in Weiss (1974). The proliferation of studies that deal with the CR-P relationship is quite remarkable. This is doubly true when one considers the limited growth in knowledge since Bain's seminal work in 1951.

It will be shown that even though, more often than not, there exists a positive correlation between the concentration measures that were used and the indicators of profit, such findings are misleading guides for competition policy. In the first place, there are contradictory findings that show that no significant correlation exists between the two measures. This is one indication of the weakness of the correlation. It is difficult to find a large enough sample to be able to reduce the random variation sufficiently for the correlation to be detected. Second, only a small--indeed an extremely small--concentration effect is shown on rates of return in those studies that do reduce the random variation enough to get the correlation to be statistically significant. In any event a weak correlation can be predicted to exist in a competitive economy, as was argued in the previous section. Third, it has been shown that the high rates of return that have accrued to concentrated industries are temporary. Fourth, the correlation tends to disappear in studies that control for intervening variables such as company size, economies of scale,

capital requirements, advertising, product innovation and differentiation, and growth in output. Finally, the measurement of variables and the samples used are subject to some very real problems.

Our brief review of the studies will be divided into four parts:

- a) bivariate studies which show a positive CR-P relationship;
- b) bivariate studies which show no significant CR-P relationship;
- c) multivariate studies which show a positive CR-P relationship; and
- d) multivariate studies which show no significant CR-P relationship.

By bivariate studies, we mean research that deals only with concentration and performance measures. Multivariate studies, on the other hand, are those which control for, for example, size and economies of scale.* For example, let us say that measures of both concentration and economies of scale are positively associated with profitability. A bivariate study would reveal only that concentration and rates of return were correlated, and would ignore measures of scale

* Even though statisticians invoke the term multivariate for techniques which simultaneously treat more than two variables, we are specifically concerned with the simultaneous treatment of size, economies of scale, barriers to entry, and concentration measures. Studies which fail to treat at least these dependent variables simultaneously are called bivariate for our purposes since they fail to take into account the most likely sources of the CR-P relationship.

economies. An investigator might therefore conclude that concentration caused high profits. In contrast, a multivariate study would employ multiple regression analysis to control for economies of scale while calculating the relationship between concentration and rates of return. This might show that if we held economies of scale constant for any range of concentration ratios, the relationship between concentration and rates of return would not be significant. In this case an investigator would conclude that above average profits are caused by large scale and not by high concentration ratios. Obviously, then, the most powerful conclusions are to be drawn from multivariate studies which do take into account other potentially relevant variables which might 'intervene', that is qualify or cancel out the relationship between concentration and rates of return.

BIVARIATE STUDIES SHOWING A POSITIVE CR-P RELATIONSHIP

Perhaps the most famous study on the CR-P relationship was that conducted by Professor J.S. Bain in 1951. Bain found that profit rates on the equity of firms in industries of high seller concentration were on average larger than those of firms in industries of lower concentration for the period 1936 to 1940 in the American manufacturing industry. The association of concentration and profits indicated a rough dichotomy between industries with more, and those with less, than 70 percent of the value of the product controlled by eight firms. While Bain did examine the impact of firm size on concentration and

found it not to be significant, his remains essentially a bivariate study since multiple regressions were not used. The 'control' for size was very crude. Bain rightly views his findings as tentative since the sample was quite restrictive and possibly biased.

Weiss (1963) studied the CR-P relationship using corrections for over - and under-aggregation of data and for the local character of industry to derive more internally consistent concentration figures. For the 1947-48 period, his study showed a negative, nonsignificant effect of concentration on profits, while for 1949-1958, the relationship was positive and significant, confirming Bain's 1951 findings.

Collins and Preston (1969) also found a generally positive and significant relationship between concentration and their measure of monopoly power (the price-cost margin). Unfortunately this measure does not take into account growth, advertising, or central office expense and there may be a spurious correlation because a common factor, the value of shipments, is used to calculate both margins and CR (see Weiss, 1974, p. 218). It is interesting that the relationship between margins and concentration, which was significant and positive for consumer goods industries, was not significant for producer goods industries. The relationship was also stronger for the four leading firms than for others.

Weiss (1974) lists a very large number of other studies which show a positive and significant correlation between concentration and

some measure of profitability or price-cost margins. While the vast majority of bivariate studies do arrive at this conclusion, as we shall see in the following section the evidence is not entirely convincing.

BIVARIATE STUDIES SHOWING NO SIGNIFICANT CR-P RELATIONSHIP

George Stigler (1963) in his study of manufacturing industries in the United States notes:

"The concentrated industries have a higher average rate of return in 1938-40 and after 1948 (but not in the eight intervening years), according to the annual data. Over the period 1947-54, the average rate in the concentrated industries [where the top 4 firms did 50% of business] was 8.00%, that in the unconcentrated industries 7.16%. If one adjusts the returns for excess withdrawals of officers of small corporations, which are important in the unconcentrated industries, the differences almost vanish."
pp. 67-68.

Yale Brozen (1970) was the first to examine the persistence over time of higher-than-average rates of return to concentrated industries. According to traditional oligopoly theory, one would expect higher returns to capital to persist in more highly concentrated industries. Brozen found that this did not happen. Instead, most above-average returns declined for Bain's (1951) 42 industries between the 1936-1940 and the 1953-1957 periods. Also, most below-average return industries exhibited the opposite trend. Brozen concludes that:

"There seems to be no evidence of barriers to movement of resources into the higher return uses nor any manifestation of a persistently high return in the above 70 percent concentration group. The gap between the more and less than 70 percent concentrated industries closed from a 4.4 percentage point gap in 1936-1940 to a 1.1 percentage point gap in 1953-1957, a statistically insignificant difference between the two groups." p. 286.

In his 1971 study, Brozen found that there was little or no statistical relationship between concentration and profitability.

A more recent piece of research by Meehan and Duchesneau (1973-74) revealed that the relationship between concentration and profitability was discontinuous and that the critical level of concentration was at 55 percent at the four-firm level and 70 percent at the eight-firm level. Increased concentration beyond the critical levels did not appear to raise the level of profitability. This conclusion is of particular interest because it suggests that merging even among firms in highly concentrated industries will not make much difference to profit rates.

To conclude our section on the bivariate studies, it is important to stress that the evidence overwhelmingly supports a positive relationship between concentration and profitability. However, these results apparently do not hold when we take into account changes in profitability over time (Brozen, 1970), or use periods of inflation (Stigler 1963), or choose a sample of producer-goods industries, (Collins and Preston, 1969) or look at concentration ratios above a certain level (Meehan and Duchesneau, 1973-4). It seems therefore,

that even when we deal only with the bivariate studies we must doubt the universality and persistence of earlier findings.

MULTIVARIATE STUDIES SHOWING A POSITIVE CR-P RELATIONSHIP

H. Michael Mann (1966) attempted to gauge both the impact of barriers to entry and of concentration upon the rates of return (the ratio of net income to average net worth). He discovered a positive and significant influence in both cases. However he did not use multiple regressions to remove the influence of barriers when testing for the relationship between concentration and rates of return. In addition, the sample was biased since it comprised only leading firms, and barriers to entry were calculated in a subjective manner. Results must thus be taken to be quite tentative.

Hall and Weiss (1967) employed a more sophisticated statistical methodology to determine the impact of size, growth, and concentration on rates of return on year-end equity and assets. They found that:

"Market concentration turns out to be distinct from firm size as a determinant of profits. The effect of concentration is significant but small. A 40-point increase in [concentration] would increase [return on equity] by only 0.7 to 1.1 points and would increase [return on assets] by only 0.3 to 0.6 points. Concentration would seem to be less important than the capital requirements barrier as a determinant of profitability. p. 326. In terms of policy, our results point more toward an attack on capital market imperfections than to anti-trust programs." p. 330.

A problem with the Hall and Weiss study is its failure to take into account capital-output ratios which reflect the degree to which a firm is capital intensive. A positive correlation between profitability, concentration, and capital-output ratios might be the cause of the apparent association between concentration and profitability.

Rhoades and Cleaver (1973-74) also found a positive and significant relationship between concentration and the margin between price and costs. Other independent variables examined were growth in the value of shipments, capital-output ratio, and the nature of the industry - whether it was one that dealt in consumer or producer goods. A positive and significant relationship between these variables and price-cost margins held for all cases. A difficulty with these findings is that measures of firm size and economies of scale are ignored, and thus the correlations discovered might once again be due to intervening variables. In sharp contrast to Meehan and Duchesneau (1973-74), Rhoades and Cleaver found that there was no systematic relationship between concentration and margins among low-concentration industries, while there was a strong linear relationship among high-concentration industries.

David Qualls (1973-74) found that both high concentration and significant barriers to entry (the latter measured subjectively) were required conditions for substantial long-run equilibrium in

economic profit margins. "Initial high concentration without significant entry barriers would not enable the long-run maintenance of high economic profit margins", p. 610. The Qualls study suffers because there is no systematic attempt to take into account size and economies of scale. Moreover, 'control' of the variable relating to barriers (which uses a nominal scale) is crude and takes the form of allowing concentration to vary within three classes of barriers. It is not at all obvious that a multiple regression employing more sophisticated measures would yield the same result.

One of the best and most thorough studies which sometimes finds a positive CR-P link is that by Caves, Shirazi, and Porter (1975). In their sample of industries in the United Kingdom, the authors simultaneously considered the impact of concentration, capital-output ratio, growth, product differentiation, and import-export intensity on the percentage gross return on sales. They obtained a positive and significant result when they used improved measures of economies of scale.* Their American results, however, paint an entirely different picture. When controlling for capital requirements, advertising intensity, growth, and the regional or local characteristics of some industries, they found a negative and significant relationship between concentration and return on equity when using the improved economies-of-scale indexes. The U.S. study improves vastly on the British one since size and advertising variables are used.

* These measures incorporate a cost-disadvantage ratio, "defined as average value-added per worker in plants supplying approximately the bottom 50% of industry value-added divided by average value-added per worker in plants supplying the top 50%." (Caves et al., 1975, p. 135)

MULTIVARIATE STUDIES SHOWING AN INSIGNIFICANT CR-P RELATIONSHIP

As we shall see, most multivariate studies that control for the influence of firm size, economies of scale, advertising, capital intensity, and growth, show that the relationship between concentration and profits is not significant.

Comanor and Wilson (1967) found a significant positive simple correlation between profit rates and the four-firm concentration ratio. However, when they ran a multiple regression which took into account the influence of the advertising-to-sales ratio, capital requirements, economies of scale, and growth of demand, the impact of concentration upon profitability was negligible. This finding is particularly impressive since the amount of variance in profitability explained by combining these variables was a very statistically significant 72 percent.

Demsetz (1972) looked at the impact of size and concentration on changes in the rate of return. He concluded that:

"The rate of return earned by firms in the smallest asset size does not increase with concentration. This seems to be true for the next two larger asset size classifications also. The data do not seem to support the notion that concentration and collusion are closely related." p. 80

Ornstein's (1972) results are equally interesting:

"By attempting to free the tests of spurious correlation due to large firm effects, the generally weak but significant concentration ratio found in other studies is seen to be even weaker and to explain little beyond

mere chance of the variation in interfirm profit rates."
p. 536

"In conjunction to barriers to entry measured as economies of scale in production and entry capital requirements, and accounting for long run changes in industry and firm demand, concentration displays no independent relationships to profit rates in both producer and consumer good industries. Concentration is related to barriers to entry which, along with changes in industry and firm demand, are related to profit rates. This explanation of higher than normal profit rates is consistent with received economic theory and is not dependent on arguments of widespread conspiracies and collusive behaviour." pp. 536-537.

Vernon and Nourse (1973-74), who controlled for advertising-to-sales ratio, growth, size and diversification, also found no significant impact of concentration on profitability. The sample of firms chosen was limited to 57 large manufacturers, however, and thus their findings may lack generality.

Demsetz (1974), adjusting for the influence of the size of firms' assets found that there was no significant correlation between profit and market concentration. He concludes that:

"Most if not all, of the positive correlations between profit rates and concentration uncovered by some earlier studies can be attributed to variations in the size of firms, not the degree to which markets are concentrated."
p. 178.

Weiss (1974) claims that for studies which use plant scale and capital requirements as variables, it is difficult to distinguish between the effect of these factors and the effect of concentration. That is, the minimum size of an efficient plant may influence the degree of concentration. Price-cost margins were positively related

to concentration only where Weiss used a sample that included industries for which the advertising-shipments ratio could not be accurately estimated. When an appropriate subsample was used to overcome this problem, and when an attempt was made to control for size, capital intensity, advertising, growth in output, and so on, no significant margin-concentration correlation was found.

Dale Orr (1974-75), using data on 71 three-digit Canadian manufacturing industries, and taking into account growth rates, barriers to entry, and concentration, did not find that concentration alone significantly influenced profitability. He did find, however, that the interaction between concentration and measures of barriers to entry was significant in the determination of profitability - but only when no attempt was made to take into account a separate barriers-to-entry measure.*

Ornstein (1975) has criticized the use of misleading data on price-cost margins in studies such as that by Collins and Preston (1969). The margin does not account for expenditures like advertising, R and D, taxes, depreciation, distribution expenses and components of overhead costs. Ornstein decided to adjust for the capital-to-sales ratio to take into account the relatively high capital intensiveness of more concentrated industries. He also adjusted margins for the above expenses. Multiple regressions then showed no significant

* Barriers were a function of variables such as advertising intensity, capital requirements, research-and-development intensity, risk (that is the standard deviation of industry profit rates), and industry sales. Such 'barriers', which are usually associated with large firms and concentrated industries, do not necessarily work to the detriment of the economy. They promote innovation.

association between margins and concentration. The exception was for industries producing non durables for consumers.

WHAT CAN WE CONCLUDE FROM THE EVIDENCE?

In our section on the expected link between concentration and profits we supplied a number of reasons for believing that a bivariate study would probably reveal a weak but positive correlation between concentration rates and profit measures. This expectation was based on the fact that there are several common forces that will tend to produce above-average profit rates and above-average concentration ratios. Our analysis also suggested that if these common forces, such as economies of scale, size, risk premiums, and so on, were taken into account in a multivariate analysis, the relationship between profit rates and concentration would tend to disappear unless, be it always understood, the oligopolistic or monopolistic practices of concentrated industries produce a significant amount of profits. While more evidence would be useful, the existing empirical studies do suggest that when a simple correlation is run between concentration and profits there is a weak positive correlation that tends to disappear when the intervening variables are taken into account.

What the evidence means to the policy maker has been expressed by Professor Phillips in these terms:

"Theory and data problems aside, some argue that a positive and continuous [CR-P] relationship has been demonstrated. Others find that there is a threshold point beyond which a positive relation exists, with no consistent effects below the threshold. Another variant is that concentration has an effect only when accompanied by high barriers to entry. Nonlinear relations have been reported, including negative partial effects of concentration on profitability when the former is high. Some have produced evidence to show that the relationship is, at least, transitory and, at worst, something of a statistical artifact. None has found the relationship to be so strong that, with problems of statistical method considered, a high proportion of the variance in profits can be accounted for by measures of market structures. What guidance for public policy can come from this?" Phillips, 1974, pp. 384-385.

CRITIQUE OF THE RESEARCH

Phillips (1976) has written very lucidly about the problems inherent in studies researching the CR-P relationship. In the first place there are difficulties with the types of variables used. For example, the concentration (CR) measure may hide considerable variation in the number of firms (N) in an industry, the latter being the hypothesized correlate of collusion for traditional economic theorists. If the concentration ratio is say .60 for the top four firms, no firm outside these four can have as much as 15 percent of the market share. This could leave as few as three or a very great number of firms constituting the rest of the market.

"One would suppose from behavioural theories that the difference between a total of seven firms or a total of 70 firms in a market should make some difference in performance. Yet the $CR_4 = .60$ information fails to tell us this." Phillips, 1976, p. 242.

The concentration ratio also obscures the relative market shares of the top few firms. The process of defining a market is somewhat arbitrary owing to product differentiation and locational differences which cause products of firms to be substitutable in a continuum, not in discrete categories (Phillips, 1976, p. 245).

Frequently measures of dependent variables are biased and misleading. For example, the price-cost margin, as we noted earlier, usually ignores expenditures such as advertising, R and D, taxes, depreciation, distribution expenses, and components of overhead costs (Ornstein, 1975, p. 107). The larger firms in most concentrated industries will thus have their margins overstated because such firms incur a larger percentage of these expenses. Even when using the rate of return on capital as a measure, we run into problems. Advertising and R and D costs are ordinarily "expensed" rather than capitalized. So rates of return for industries in which these costs are relatively high tend to be biased upwards (Solomon, 1970). There are, of course, difficulties with economies of scale, advertising intensity, and other 'intervening' variables as well (Phillips, 1976, pp. 245-246).

Yale Brozen (1970) was one of the few researchers who took the time variable into account in studying the CR-P relationship. Instead of trying to explain the change in profitability over time using only concentration ratios, we may get better results if we also look at the influence of changes in capital requirements, growth, advertising expenditures, industry risk, and so forth. Such studies can provide us

with a better idea of why profits change, and of the relative importance of concentration ratios in explaining these changes.

Certainly one of the most important flaws of much of the research to date has been the failure to take into account intervening variables like those shown in Figure I in the section entitled "The Expected Link..." We must dismiss out of hand the bivariate studies because findings are very likely to be influenced by variables which are related to both performance and concentration measures. Indeed, when we review studies of a multivariate nature, we find that the association between measures of performance and concentration is very frequently insignificant. These findings contrast sharply with the results of the bivariate analysis. Thus there is certainly no conclusive evidence to suggest that there is in fact a legitimate CR-P link that cannot be attributed to risk premiums, delays in the innovation imitation process in capital intensive oligopolies, greater efficiency, and growth derived from product differentiation and improvement.

Even if there were a positive and significant relationship between concentration and performance after the intervening variables had been considered, there would be great doubt about the interpretation one can give to such a finding:

"the question resolves to whether [performance] is high in markets with large firms and high concentration because of the existence of monopoly power or whether the firms are

large and the market is concentrated because of differences in products and efficiencies." Phillips, 1976, p. 247.

After reviewing the studies in the area and their methodological defects, Phillips (1976) concludes:

"What do we know from the empirical studies of relations between structure and profitability? Very little it appears. Better theory, better data, and above all, better econometrics are needed before policy can be based on anything other than in-depth institutional studies of particular markets." p. 248.

There is a pressing need to develop systematic models relating concentration and profits. One such model was presented in Figure I. In order to make more progress in the field it is necessary to test these models link by link, trying out alternative predictive sequences to discover the one with the greatest explanatory power. It is also necessary to include new factors such as measures of risk premiums, imitation delays, and innovative intensity, and to find other more concrete variables which underly the CR-P relationship.

CONCLUSION

The empirical evidence on the link between concentration and profits is contradictory and inconclusive. It may be that when one takes into account possible intervening variables such as size, economies of scale, growth, risk, capital requirements, product differentiation and innovation, the low CR-P correlation would become even lower or disappear entirely. If indeed these intervening variables do stand between, and cause, the apparent CR-P link, arguments about the power of oligopolies and the dangers of concentration are cast in doubt. Because of the tie between size and aversion to risk, it appears that certain types of investments and innovations can be undertaken economically only by larger enterprises (which are often in concentrated industries). Smaller firms need a higher risk premium. If the risk premium is raised, large enterprises may be supplanted by smaller ones, but the consumer will lose through having to pay higher prices.

As we saw in Figure I, the benefits of size (which may ultimately lead to higher profits) can be found in economies of scale in administration, production and innovation, in the ability to provide a broader and better choice of products to consumers through innovation and product differentiation, and in the ability to undertake large and risky projects without demanding too much of a risk premium. While such benefits and the resultant growth in sales can and should sometimes result in slightly higher profits, scale can also act to reduce costs to consumers and to increase choice.

In the main body of this submission we considered the principal dimensions of competition. One of our objectives was to see whether these were any theoretical or a priori reasons for believing that competition would suffer because there were only a few, as opposed to many, suppliers of a product or service. In all save one regard there seemed to be every reason to believe that competition will be enhanced, (especially in a Canadian context), or at least not harmed, by having a few large firms instead of many small ones. The only dimension of competition where fewness may be detrimental is independence. Conspiracies will be facilitated by fewer firms, *ceteris paribus*. In this regard, however, we cited a number of reasons for believing that the ease with which firms could conspire, apart from situations in which tenders were used, was likely to be exaggerated by those without business experience largely because of overly simplistic concepts of products and competition. If our analysis, or our way of looking at the world, is correct, then concentration per se shall not lead to significant monopolistic profits.

No more than three or four suppliers of steel, beer, work gloves in a small Western town, or machines to extract honey from honeycombs may, after all, provide us with the best of all possible Canadian economic worlds.

BIBLIOGRAPHY

- Bain, J., "Relation of Profit Rate to Industry Concentration", Quarterly Journal of Economics, 65, 1951, 293-324.
- Bertrand, R. (Assistant Deputy Minister, Bureau of Competition Policy and Director of Investigations and Research, Combines Investigation Act, Department of Consumer and Corporate Affairs). Testimony Before the Royal Commission on Corporate Concentration, Nov. 3, 1975, Ottawa.
- Bevan, A., "The U.K. Potato Crisp Industry, 1960-72: A Study of New Entry Competition", Journal of Industrial Economics, 22, 1974, 281-297.
- Brozen, Y., "Concentration and Profits: Does Concentration Matter"? in J. Weston & S. Ornstein (eds.) The Impact of Large Firms on the U.S. Economy. Lexington, 1973, 59-70.
- Caves, R., J.K. Shirazi, & M. Porter, "Scale Economies in Statistical Analysis of Market Power", Review of Economics and Statistics, 57, 1975, 133-140.
- Collins, N., & L. Preston, "Price-Cost Margins and Industry Structure", Review of Economics and Statistics, 51, 1969, 271-286.
- Comanor, W., "Market Structure, Product Differentiation, and Industrial Research", Quarterly Journal of Economics, 81, 1967, 639-657.
- Comanor, W., & T. Wilson, "Advertising, Market Structure and Performance", Review of Economics and Statistics, 49, 1967, 423-440.
- Dalton, J., & S. Rhoades, "Growth and Product Differentiability as Factors Influencing Changes in Concentration", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 235-240.
- Demsetz, H., "Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy", in J. Weston & S. Ornstein, 1973, Op. Cit., 71-82.
- Demsetz, H., "Two Systems of Belief About Monopoly", in H. Goldschmid et al. (eds.) Industrial Concentration: The New Learning, Little-Brown, 1974, 164-183.
- Duchesneau, T., "Barriers to Entry and the Stability of Market Structures", Journal of Industrial Economics, 22, 1974, 315-320.

- Economic Council of Canada, Interim Report on Competition Policy, Queen's Printer, 1969.
- Ghosh, A., "Concentration and Growth of Indian Industries, 1948-68", Journal of Industrial Economics, 23, 1974-75, 203-221.
- Hall, M. & L. Weiss, "Firm Size and Profitability", Review of Economics and Statistics, 49, 1967, 319-331.
- Mann, H., "Seller Concentration, Barriers to Entry and Rates of Return in 30 Industries, 1950-1960", Review of Economics and Statistics, 48, 1966, 296-307.
- Mann, H., "Advertising, Concentration and Profitability", in Goldschmid et al. (eds.), op. cit., 1974, 137-155.
- Markham, J., "Concentration: A Stimulus or Retardant to Innovation"? in Goldschmid et al. (eds.), op. cit., 1974, 247-271.
- McGee, J., "Efficiency and Economies of Size", in Goldschmid et al. (eds.), op. cit., 1974, 55-96.
- Meehan, J. & T. Duchesneau, "The Critical Level of Concentration: An Empirical Analysis", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 21-36.
- Needham, D., "Market Structure and Firms' R & D Behavior", Journal of Industrial Economics, 23, 1975, 241-255.
- Ornstein, S., "Concentration and Profits", Journal of Business, 45, 1972, 519-541.
- Ornstein, S., "Empirical Uses of the Price-Cost Margin", Journal of Industrial Economics, 24, 1975, 105-117.
- Ornstein, S., J. Weston, M. Intriligator, & R. Shrieves, "Determinants of Market Structure", Southern Economic Journal, 39, 1972-73, 612-625.
- Orr, D., "An Index of Entry Barriers and Its Application to the Market Structure Performance Relationship", Journal of Industrial Economics, 23, 1974-75, 39-49.
- Orr, D., "The Determinants of Entry: A Study of the Canadian Manufacturing Industries", Review of Economics and Statistics, 56, 1974, 58-66.
- Phillips, A., "Industrial Concentration and Public Policy: A Middle Ground", in Goldschmid et al. (eds.), op. cit., 1974, 383-392.

- Phillips, A., "A Critique of Empirical Studies of Relations Between Market Structure and Profitability", Journal of Industrial Economics, 24, 1976, 241-249.
- Qualls, D., "Stability and Persistence of Economic Profit Margins in Highly Concentrated Industries", Southern Economic Journal, 40, 1973-74, 604-612.
- Rhoades, S. & J. Cleaver, "The Nature of the Concentration - Price/Cost Margin Relationship for 352 Manufacturing Industries: 1967", Southern Economic Journal, 40, 1973-74, 90-102.
- Romeo, A., "Interindustry and Interfirm Differences in The Rate of Diffusion of an Innovation", Review of Economics and Statistics, 57, 1975, 311-319.
- Scherer, F., "Firm Size, Market Structure, Opportunity, and the Output of Patented Inventions", American Economic Review, 55, 1965, 1097-1125.
- Scherer, F., "Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers", American Economic Review, 57, 1967, 524-531.
- Scherer, F., "Economies of Scale and Industrial Concentration", in Goldschmid et al., (eds.), op. cit., 1974, 16-54.
- Solomon, W., "Alternative Rate of Return Concepts and Their Implications For Utility Regulation", Bell Journal of Economics and Management Science, 1970.
- Stigler, G., Capital and Rates of Return in Manufacturing Industries, Princeton University Press, 1963.
- Vernon, J. & R. Nourse, "Profit Rates and Market Structure of Advertising Intensive Firms", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 1-20.
- Weiss, L., "Average Concentration Ratios and Industrial Performance", Journal of Industrial Economics, 45, 1963, 233-254.
- Weiss, L., "The Concentration - Profits Relationship and Antitrust", in Goldschmid et al., (eds.), op. cit., 1974, 184-232.
- Weston, J., "Large Firms and Economic Performance", in J. Weston & Ornstein, 1973, op. cit., 225-246.
- Weston, J. & S. Ornstein, "Trends and Causes of Concentration - A Survey", in J. Weston & S. Ornstein, 1973, op. cit., 3-22.

APPENDIX "FTE-43"

IMPERIAL OIL LIMITED

SUBMISSION

TO THE HOUSE OF COMMONS OF CANADA

ON BILL C-42

PROPOSALS FOR A NEW COMPETITION POLICY FOR CANADA

SECOND STAGE

MAY 1977

TABLE OF CONTENTS

- I. INTRODUCTION
- II. SUMMARY AND RECOMMENDATIONS
 - Principal Recommendations
 - Other Recommendations
 - ADDENDUM (Recommendations)
- III. INDUSTRIAL STRUCTURE
 - A. "OVERKILL" OF CONCENTRATION
 - The Intent and Effects of the Bill
 - Appropriate Policies: Economic Council and Skeoch Reports
 - Broad Powers over Industrial Structure
 - B. MONOPOLIZATION, CRIMINAL MONOPOLY AND JOINT MONOPOLIZATION
 - Recommendations
 - The Broad Sweep of Monopoly
 - Why "Joint Monopolization" is Unnecessary
 - Recommendation by the Board
 - "General Inquiry" for Oligopoly Situations
 - C. MERGERS AND JOINT VENTURES
 - Recommendations
 - Civil Law Basis
 - Guidelines and Directions to the Board
 - Threshold for Mergers
 - Binding Advance Clearance
 - Time Limit on Challenge
 - Foreign Investment Review Act
 - D. SPECIALIZATION AGREEMENTS
 - Recommendations
 - Time Limit
 - Preliminary Exchanges
 - New Products
 - E. BALANCE AND CONSISTENCY
 - Comparing the Two Reports with Bill C-42
 - Eight Ways to Lessen Competition

IV. PRICING PRACTICES

A. MAIN IMPLICATIONS

The Criminal-Civil Dichotomy
Price Rigidity

B. RECOMMENDATIONS ON PRICING PRACTICES

Recommendations on Price Discrimination
Recommendations on Systematic Delivered Pricing

C. PRICE DIFFERENTIATION AND PRICE DISCRIMINATION

Price Differentiation
Civil Basis for All Price Discrimination
"Same Ultimate Customers"
Agreements for Sale
Proof of Detriment
"Prices Abnormally Low"

D. SYSTEMATIC DELIVERED PRICING

Problems in Concept
Branded and Unbranded Products

E. INTENT OF THE RECOMMENDATIONS

V. CLASS ACTIONS

Commentary
Recommendations
Notice
Maintenance and Manageability
Costs
Substitute Actions

VI. ADMINISTRATION AND APPEALS

A. ADMINISTRATION AND PROCEDURE

Commentary
Recommendations
Constitution of the Board
Hearing Officers
Representation by Counsel
General Inquiries

B. CLAIM OF SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE

Recommendations
Suggested Amendments

C. BUSINESS DATA STORED COMPUTER BANK

Recommendations
Maintenance of Records
Reimbursement for Costs
Copying

D. REGULATED CONDUCT

Recommendations
Conditions for Exemption

E. APPEALS AND REVIEW OF BOARD'S DECISIONS

Recommendations
Procedures for Reconsideration of Decisions

INTRODUCTION

Imperial Oil Limited ("Imperial") has prepared this submission in response to the invitation by the House of Commons Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs for briefs on the subject matter of Bill C-42, an Act to Amend the Combines Investigation Act. The Bill incorporates Proposals for a new competition policy for Canada ("Proposals") published by Consumer and Corporate Affairs Canada.

Bill C-42 would introduce into the Combines Investigation Act, renamed the "Competition Act", important changes relating to industrial structure, pricing practices, class actions, and the administration of competition policy, including provision for appeals. In commenting on the proposed amendments, the submission devotes a section to each of these four aspects of competition policy.

In the body of the submission, Imperial expresses its concern over what it considers to be significant shortcomings in the Bill: the "overkill" of corporate concentration in the substantive provisions, the delegation of exceedingly broad powers to a small number of appointed public servants, and inadequate provisions for appeal from the decisions of the new Competition Board ("Board"). In addition, Imperial respectfully submits its recommendations for alternative amendments to the statute which, without weakening its overall effectiveness, would go far to remedying these shortcomings and ensuring the objects of competition policy, namely, a "flexible, adaptable and dynamic Canadian economy".

SUMMARY AND RECOMMENDATIONSSummary

Imperial is concerned that the combined effect of major changes introduced by Bill C-42 will be detrimental to the Canadian economy. The broad scope and significant overlap of provisions relating to industrial structure, the anomalies and inequities of the split between criminal and civil jurisdiction, together with the broad powers of the Competition Board ("Board") to impose drastic measures including divestiture, without appeal, seem likely to jeopardize the goal of a "flexible, adaptable and dynamic" Canadian economy.

Among the provisions for industrial structure, the new reviewable practice of "monopolization" would cover not simply a monopoly in the usual sense of a single seller, but would extend far down into local markets where quite small firms accounting for under 50% of the market could be treated as a monopoly. The new and unprecedented provision for "joint monopolization" is so broad as to make subject to review any large firm or any firm operating in a market consisting of a few sellers or "oligopoly". "Catch-all" clauses would enable the Competition Policy Advocate ("Advocate") to challenge conduct of a so-called "monopoly" or oligopoly seller that is neither detrimental nor avoidable but which in any manner restrains economic activity. The overlapping criminal offence of "monopoly" is also retained.

In addition, even relatively minor mergers face uncertainty as to whether an application by the Advocate for a review by the Board might result in an order for dissolution.

Further, there is no clear rationale for the split between treatment of situations or practices as criminal or civil. For example, discrimination in pricing of "like" quantities is a criminal offence, while similar discrimination in pricing of "unlike" quantities is subject to civil review under a new provision for "price differentiation". Anomalies and inequities will result from markedly different treatment of related practices.

Also, the provision for review of oligopoly markets under "joint monopolization" and uncertainties in some of the pricing practices sections are likely to cause price rigidities.

Class actions and substitute actions would, in the light of American experience, seem to have little value for consumers while having punitive consequences for business.

Wide powers over the structure of industry are delegated in Bill C-42 to a small group of appointed public servants, namely, the Advocate and the Board. There is insufficient check on the exercise of these powers, with no appeal or review of the merits of decisions and orders of a powerful Board.

Principal Recommendations

To meet these concerns, Imperial in this submission recommends certain important changes in Bill C-42.

Imperial would suggest the deletion of the "joint monopolization" provision in its entirety. Any detrimental conduct by dominant firms can equally be restrained under other provisions of the Bill.

Also, the "catch-all" clause should be deleted from the "monopolization" section to restrict its scope to clearly detrimental conduct. The overlapping criminal "monopoly" section 33 should be repealed.

To reduce the number of minor mergers subject to review, Imperial suggests a twin threshold for all mergers, including vertical and conglomerate mergers. Mergers would be reviewable only if the combined share of the merging firms exceeded 20% of the relevant market and if in addition their combined value of assets or sales were over \$20 million.

To remove uncertainty over possible dissolution, Imperial suggests that parties to a reviewable merger should be able to seek binding advance clearance from the Advocate, with a time limit of one year beyond which he may not challenge a merger for which clearance is sought. Where rationalization by way of merger or joint venture will benefit the economy, the procedure for binding advance clearance will remove the deterrent of uncertainty. Similarly, to ensure that the provision for encouraging specialization agreements can have its intended effect of desirable rationalization, Imperial suggests as a minimum an unconditional 10 year limit on the life of such agreements.

Imperial further suggests that price discrimination and price differentiation be combined as a reviewable practice subject to the cost justification proposed in the Bill for price differentiation. Also, Imperial recommends that systems of delivered pricing or basing point pricing be reviewable by the Board rather than being a criminal offence.

It is suggested that in "general inquiries" the Advocate should report to the Board rather than to the Minister. The Board would then give all interested parties an opportunity to be heard before recommending such legislation as it deems appropriate to the Governor in Council. The general inquiry procedure should be used when the Minister or the Advocate desires to examine the implications of an industry structure where grounds for starting a regular inquiry are absent. The general procedure should be adequate to handle matters which would arise under the joint monopolization section and the "catch-all" clause in the monopolization section, both of which Imperial suggests should be deleted.

Finally, in cases that may require a significant restructuring of a firm or industry, the Board instead of making an order should make a recommendation to the Governor in Council. Mergers at a higher threshold level, monopolization and joint monopolization (if it is retained in the Bill) and specialization agreements should be subject to this procedure.

With respect to other matters that are reviewable, it is suggested that the Minister may grant leave for a review by a panel of 5 members of the Board, with the panel having discretion to rehear the case.

Other Recommendations

Imperial has attempted to focus on provisions in Bill C-42 that have the greatest significance for business and the economy, or on those that lie within the company's knowledge and competence. Failure to comment on a provision does not necessarily signify Imperial's endorsement.

In the body of the submission, Imperial has advanced its recommendations with respect to the specific wording of sections of the Bill that relate to industrial structure, pricing practices, class actions, and administration and appeals.

In the Addendum immediately following, all of Imperial's recommendations respecting Bill C-42 are summarized.

It is hoped that these suggestions may assist the Committees of the Senate and House of Commons of Canada to which this submission is respectfully addressed.

ADDENDUMRecommendations respecting Bill C-42Section III.5-6MONOPOLIZATION, CRIMINAL MONOPOLY AND JOINT MONOPOLIZATION

"CATCH-ALL"
CLAUSE

1. Delete the "catch-all" clause, section 31.72(2)(a)(v), from the "monopolization" section.

DISSOLUTION OF
MONOPOLY

2. Amend section 31.72(2)(e) to clarify the intent of the phrase, "directing him to dissolve the monopoly".

DUPLICATION WITH
OTHER PROVISIONS

3. Delete section 31.72(2)(b) to eliminate unnecessary duplication with Part V and other provisions of Part IV.1.

REPEAL CRIMINAL
MONOPOLY

4. Repeal section 33, the criminal offence of "monopoly" so that monopoly will be entirely a civil matter.

DELETE JOINT
MONOPOLIZATION

5. Delete the "joint monopolization" section 31.73 in its entirety.

BOARD RECOMMENDATION
INSTEAD OF ORDER

6. In cases of "monopolization" (and "joint monopolization" if that section is retained), the Board instead of issuing an order should submit a recommendation to the responsible minister, as does the Foreign Investment Review Agency, and the minister in turn would make a recommendation to the Governor in Council, who would make the final decision and order.

GENERAL INQUIRY FOR
OLIGOPOLIES

7. Amend the "General inquiries" section 47 to provide that any such inquiry the Advocate shall report to the Board instead of to the minister, and that the Board shall be empowered, after giving all interested parties an opportunity to be heard, to make such recommendations for legislation as it deems appropriate to the Governor in Council. The procedure for a general inquiry should be used to examine the possibility of a significant restructuring of a Canadian

industry, whether designed to decrease concentration or to rationalize firms or plants in the industry. The general inquiry should be used where the Advocate does not have grounds for starting an inquiry under the circumstances referred to in section 8.

Section III.13-14-15

MERGERS AND JOINT VENTURES

"SUBSTANTIAL GAINS IN EFFICIENCY"

1. A lower standard of proof should be required to establish the likelihood of future "substantial gains in efficiency". Section 31.71(5) should be amended to delete the words "that there is a high probability that it will" and substitute "is likely to". The wording and the standard of proof would then be close to that required in the case of specialization agreements. (Section 31.76(2)(a)).

THRESHOLD FOR ALL
MERGERS: 20% AND
\$20 MILLION

2. The proposed threshold for horizontal mergers (section 31.71(2)), namely 20% of the combined share of the merged firms and their affiliates for a merger to be reviewable, should be extended in two ways:

(1) An additional requirement should be that the value of assets or of sales of the merged firms should exceed \$20 million before the merger is reviewable;

(2) All mergers, vertical and conglomerate as well as horizontal, should be subject to this twin threshold.

BINDING ADVANCE
CLEARANCE

3. For mergers that are reviewable, any of the parties to the merger should be allowed to apply for binding advance clearance of the merger by the Advocate. Any clearance so authorized should be subject to all material facts being submitted and correct. The Advocate should be required to grant or decline

advance clearance within
90 days of receiving an
application.

TIME LIMIT ON
CHALLENGE

4. Where advance clearance is applied for and refused, the Advocate should be allowed one year after he is notified of a merger or proposed merger to challenge it by way of an application to the Board.

FOREIGN INVESTMENT
REVIEW

5. Mergers under the Foreign Investment Review Act should be subject to the same provisions as other mergers with respect to advance clearance and to a time limit of one year for challenge by the Advocate.

BOARD RECOMMENDATION
INSTEAD OF ORDER

6. In cases of mergers that are reviewed by the Board, instead of issuing an order, the Board should submit a recommendation to the responsible minister in the same manner as does the Foreign Investment Review Agency.

Section III.20-21SPECIALIZATION AGREEMENTS

TERM

1. Amend section 31.76(2) and (7) to provide that the Board may in all cases allow a specialization agreement for a period of not less than 10 years or such longer period as the Board deems appropriate. Special provision for a case involving a reduction in tariffs is not needed.

PRELIMINARY EXCHANGE
OF INFORMATION

2. Add to section 31.76 a new subsection to provide that parties contemplating a specialization agreement may for the purpose exchange relevant technical and pricing information and jointly conduct trial production runs, without thereby violating any of the provisions of Part V.

NEW PRODUCTS

3. Add to section 31.76 a new provision enabling parties to enter into a specialization agreement that relates in whole or in part to a new product not being produced

by any of the parties at the time the agreement is made.

BOARD RECOMMENDATION

4. Where a specialization agreement is reviewed by the Board, instead of issuing an order, the Board should submit a recommendation to the responsible minister in the same manner as does the Foreign Investment Review Agency.

Section IV.4-5-6-7

RECOMMENDATIONS ON PRICING PRACTICES

CIVIL BASIS FOR
PRICE DISCRIMINATION

1. Repeal section 34, the criminal offence of price discrimination with respect to "like" quantities, and substitute appropriate civil provisions for review by the Board of the practices described in section 34(1)(a), (b) and (c).

- PRICE DISCRIMINATION: 2. With respect to the practice of price discrimination among persons now covered in section 34(1)(a), make the following amendments:
- DELETE "ULTIMATE" (1) Delete the word "ultimate" wherever the phrase "same ultimate customers" occurs;
- ADD "AGREEMENT FOR SALE" (2) Amend section 34(1)(a) and 34(2) to include provision for an "agreement for sale".
- PROOF OF DETRIMENT (3) Amend to provide that discrimination does not occur unless it results in a significant impairment of the competitive position of the disadvantaged buyer.
- COST JUSTIFICATION (4) Insert a clause similar to that in section 31.77(2) relating to price differentiation to the effect that the Board shall not make an order prohibiting the practice if it is satisfied that the practice engaged in by the supplier is based on a reasonable assessment of the difference in the actual or anticipated cost of supplying

customers in different quantities and under different terms and conditions of delivery.

CIVIL REVIEW FOR
GEOGRAPHICAL PRICE
DISCRIMINATION

3. With respect to geographical price discrimination, now covered in section 34(1)(b), make appropriate changes as for section 34(1)(a) to provide for review by the Board and a cost justification.

SELLING AT LOW PRICES:

4. With respect to selling at low prices, now covered in section 34(1)(c), make the following amendments:

--DELETE "ABNORMALLY",
RESTORE "UNREASONABLY"

- (1) Delete the word "Abnormally" and substitute the word "unreasonably" so that the phrase will again read "at prices unreasonably low";

--CIVIL REVIEW

- (2) Provide for review by the Board.

CIVIL BASIS FOR
PROMOTIONAL ALLOWANCES

5. Repeal section 35, the criminal offence covering discriminatory promotional allowances, and substitute a civil provision for review by the Board.

PRICE DIFFERENTIATION:
DELETE "MAJOR SUPPLIER"

6. In the "Price Differentiation" section 31.77(1)(b), delete the words "is a major supplier in a market".

Recommendations on Systematic Delivered Pricing

CIVIL BASIS

1. Delete section 38.1 which establishes "Systematic delivered pricing" as a criminal offence.

"SYSTEM" OF DELIVERED
OR BASING POINT PRICING

2. Provides that "a system of delivered pricing or basing point pricing that substantially lessens competition in a market" shall be reviewable by the Board on application by the Advocate.

SEPARATE PRODUCT

3. Introduce a clarification of when an article is a separate product (similar to section 31.2(2)).

Section V.2

CLASS ACTIONS

NOTICE

1. Each member of the class should be entitled to notice of the proceedings and advised that he may become

a member of the class by completing and mailing a simple form to the court.

MAINTENANCE OF
CLASS ACTION

2. Section 39.12, dealing with maintenance of a class action, should be broadened to permit or require the court to consider a wider range of considerations.

COSTS

3. The usual rules on costs should apply to all aspects of a class action; if the public interest requires that class plaintiffs and their lawyers be assisted financially, arrangements should be made to do so out of funds provided by Parliament for the enforcement of the Competition Act.

DELETE SUBSTITUTE
ACTION

4. The substitute action procedure should be removed because it is punitive and unnecessary.

Section VI.2-3ADMINISTRATION AND PROCEDURE

- PRELIMINARY APPLICATION: 1. Section 31.91 should be
NOTICE; amended to provide that
APPLICATION TO when the Advocate applies
PERMANENT MEMBER for permission to make
an application under any
of sections 31.2 to 31.77,
notice should be given to
any person against whom an
order is sought in the same
manner as in section 29
dealing with interim injunctions,
and that the application must
be heard by a permanent and
not by an associate member
of the Board.
- MAJORITY OF BOARD 2. Section 16.2 should be amended
PERMANENT MEMBERS to provide that the Board at
all times consists of a
majority of permanent members.
- ORAL EXAMINATION 3. A member of the Board and not
a hearing officer should
preside at the oral examination
of a witness.

REPRESENTATION BY
COUNSEL

4. No change should be made in section 20 which now permits a person whose conduct is being inquired into to be represented by counsel when a witness is being examined under oath.

REPORT IN GENERAL
INQUIRY TO BOARD

5. The present system for general inquiries under section 47 should be retained whereby the Advocate will submit his report to the Board which will hold hearings at which interested parties may appear and adduce evidence following which the Board will report to the minister.

Section VI.1CLAIM OF SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGEADVOCATE TO FOLLOW
PROCEDURE

1. Section 10.1(1) should be amended to make it clear that the Advocate or his representative must either follow the prescribed procedure or refrain from examining, copying or taking away the document for which privilege is claimed.

OWNER MAY COPY
DOCUMENTS

2. Provision should be made that the owner of the document may obtain a copy of it pending resolution of the claim of privilege by the court.

Section VI.6-7

BUSINESS DATA STORED COMPUTER BANK

WHICH RECORDS TO BE
MAINTAINED

1. 10.2(1) should be amended so that the only records of data stored in a computer bank and the only procedures for retrieving such data that need be maintained by the owner, are those which are maintained in the ordinary course of business.

REIMBURSEMENT FOR COSTS

2. The owner of data should be reimbursed for the costs he incurs in providing the Advocate with a print-out or other copy of data stored in a computer data bank.

OWNER MAY COPY

3. The owner of data should be permitted to make a copy of it before it is removed from his premises by the Advocate.

Section VI.9REGULATED CONDUCTSINGLE CONDITION
FOR EXEMPTION

1. The conditions set out in subparagraphs (b) and (c) of the definition of "regulated conduct" in section 4.5(2) are unreasonable and impractical, and the condition set out in subparagraph (a) should stand alone, i.e., the conduct has been expressly required or authorized by a public agency that is not appointed or elected by the persons affected.

Section VI.11-12APPEALS AND REVIEW OF BOARD'S DECISIONSBOARD RECOMMENDATION
INSTEAD OF ORDER

1. A procedure similar to that of the Foreign Investment Review Act ("FIRA") should be adopted for sections dealing with structure:
31.71 (Merger)
31.72 (Monopoly)
31.73 (Joint Monopolization),
and 31.76 (Special Agreements).

REVIEW OF BOARD
DECISION

2. Provision should be made for review of a Board decision by a newly constituted panel in the case of other reviewable practices, with the permission of the minister.

INDUSTRIAL STRUCTUREA. "OVERKILL" OF CONCENTRATIONThe Intent and Effects of the Bill

Bill C-42 would substantially extend the Government's powers to challenge and reorder the structure of Canadian industry. The substantive provisions relating to industrial structure can be grouped into several categories which will be examined in this Section of the submission:

- (1) monopolization, criminal monopoly, and joint monopolization;
- (2) mergers and joint ventures;
- (3) specialization agreements.

Apart from the retention of the present criminal offence of "monopoly", all of the matters in these categories are "reviewable" by the Board on application by the Competition Policy Advocate ("Advocate"). The powers of the Board to order "remedies" for situations or conduct of which the statute disapproves are extremely broad, extending to the dissolution of a merger or monopoly or to divestiture of assets.

The preamble and intent of Bill C-42 closely follow those of the Skeoch-McDonald Report, which enunciated as a basic goal of competition policy "the creation and maintenance of a flexible, adaptable and dynamic Canadian economy". (F: Lawrence A. Skeoch and Bruce C. McDonald, Dynamic Change and accountability in a

Canadian market economy, Ottawa, 1976, p.42.) In the preamble of the Bill, however, is included a policy guideline not found in the Skeoch-McDonald Report, namely, "discouraging unnecessary concentration". The Bill thus embodies both an intent to adopt measures that will result in a dynamic and flexible economy and a concern over possible monopolistic elements in a concentrated industrial structure.

In Imperial's view, the effects of a concentration of sales or assets in the hands of a few firms is often, in a Canadian context, inescapable if economies of large scale production and efficient industry performance are to be realized. Many of the resource and manufacturing industries on which the Canadian economy is based have concentrated, "oligopoly" structures with a few firms accounting for a large share of sales in domestic markets. Primary steel, automobiles, farm equipment, cement, petroleum, petrochemicals, electronic and electrical equipment, and base metals mining and refining are a few examples illustrating the prevalence of this type of market structure in Canada.

A careless or doctrinaire attack on the structure of an industry may therefore have extremely detrimental effects on the performance of an economy whose domestic market is not large enough to support a large number of firms. With a domestic market much smaller than that of the United States, Canada can expect a high level of concentration in many industries. American yardsticks do not apply. An attempt to apply them in the name of "discouraging unnecessary concentration" may jeopardize Canada's ability to compete with foreign firms at home and abroad. An ill-advised move to create an industrial structure of many small units may simply lessen productivity and increase unemployment. Unfortunately, Bill C-42 would empower and even encourage the Advocate to launch such an attack on the structure of concentrated Canadian industries.

Appropriate Policies: Economic Council and Skeoch Reports

How, then, can abuses of concentrated market power be checked? Imperial recognizes that concern over abuses of dominant position by firms in concentrated markets is legitimate. The objection to the structural provisions in Bill C-42 is simply that they go far beyond what was recommended in either the Skeoch-McDonald Report or the earlier Interim Report on Competition Policy by the Economic Council of Canada.

The Economic Council stressed the risks, where concentration is high, of "strong market power, low competitive pressure, inefficiency and poor resource allocation". After considering the matter carefully, however, the Economic Council proposed no special provisions for dealing with monopoly and dominant firm situations as such. Rather it was proposed that the achievement of market dominance or monopoly through either merger or exclusionary trade practices should be open to examination and questioning and that general inquiries and special legislation might be used to remedy extreme cases of dominance or monopoly. The criminal offence of "monopoly" should be repealed. (F: Interim Report, pp. 79-81, 128-9, 130.)

The Skeoch-McDonald Report referred specifically to the difficulty of any prescription to break up existing centres of monopoly power. It would be difficult to apply in non-discriminatory fashion. Further, large plants may be a source of economies of scale, and in small countries "efficiency and power often seem to be joint attributes". Large firms may be necessary to operate effectively in international markets. Breaking up large successful firms also may have adverse internal effects inasmuch as a desire to grow larger is an incentive to good business conduct. Finally, it was considered that prohibition of the abuse of monopoly position would go far to eliminate undesirable conduct by large firms. The Skeoch-McDonald Report accordingly recommended as a reviewable practice the "misuse of dominant position",

recognizing that an artificial restraint in a market could be justified or offset by real-cost economies resulting from that conduct. (F: Skeoch-McDonald Report, pp. 148-9, 156-7.)

Broad Powers over Industrial Structure

Concentrations of market power may be attacked in a variety of ways under the provisions of Bill C-42. Detrimental conduct is either prohibited or subject to review by the Board under the provisions relating to various forms of predatory pricing, to be examined in Section IV of this submission. Bill C-42 relies, however, far more heavily than either the Economic Council or the Skeoch-McDonald Report recommended, on several major provisions relating to industrial structure that are broad in their scope and overlapping in coverage. Moreover, in certain sections dealing with reviewable monopolistic situations, "catch-all" clauses would cover conduct that may be neither avoidable nor detrimental.

Deep concern arises from overall scope and possible impact on the economy of the confluence of very broad substantive provisions, the wide power of the Board to order divestiture or restructuring of industry, the power of the Advocate to select for review firms that are large or in concentrated markets, and the lack of a satisfactory review of the merits of a Board decision or order. Administration of competition policy and appeals procedures will be covered in Section VI. The particular provisions relating to industrial structure will be examined in detail in this Section.

B. MONOPOLIZATION, CRIMINAL MONOPOLY AND JOINT MONOPOLIZATIONRecommendations

- | | |
|--|---|
| "CATCH-ALL"
CLAUSE | 1. Delete the "catch-all" clause, section 31.72(2)(a)(v), from the "monopolization" section. |
| DISSOLUTION OF
MONOPOLY | 2. Amend section 31.72(2)(e) to clarify the intent of the phrase, "directing him to dissolve the monopoly". |
| DUPLICATION WITH
OTHER PROVISIONS | 3. Delete section 31.72(2)(b) to eliminate unnecessary duplication with Part V and other provisions of Part IV.1. |
| REPEAL CRIMINAL
MONOPOLY | 4. Repeal section 33, the criminal offence of "monopoly" so that monopoly will be entirely a civil matter. |
| DELETE JOINT
MONOPOLIZATION | 5. Delete the "joint monopolization" section 31.73 in its entirety. |
| BOARD RECOMMENDATION
INSTEAD OF ORDER | 6. In cases of "monopolization" (and "joint monopolization" if that section is retained), the Board instead of issuing an order should submit a recommendation to the responsible |

minister, as does the Foreign Investment Review Agency, and the minister in turn would make a recommendation to the Governor in Council, who would make the final decision and order.

GENERAL INQUIRY FOR
OLIGOPOLIES

7. Amend the "General inquiries" section 47 to provide that in any such inquiry the Advocate shall report to the Board instead of to the Minister, and that the Board shall be empowered, after giving all interested parties an opportunity to be heard, to make such recommendations for legislation as it deems appropriate to the Governor in Council. The procedure for a general inquiry should be used to examine the possibility of a significant restructuring of a Canadian industry, whether designed to decrease concentration or to rationalize firms or plants in the industry. The general inquiry should be used where the Advocate does not have grounds for starting an inquiry under the circumstances referred to in section 8.

The Broad Sweep of Monopoly

There are two different definitions of "monopoly" in Bill C-42. The definition in the criminal section 33 is broader in the sense that it may include unaffiliated persons whereas the different definition in civil section 31.72 covers only affiliated persons. The civil definition may, however, include a broader class of smaller business firms. Neither definition relates to a pure "monopoly" as generally understood by economists, or a single seller in a market. Nor is the reason for the different definitions in the two sections of the same statute made apparent.

The criminal definition of "monopoly" states:

"33(1) For purposes of this section, "monopoly" means a situation where one or more persons substantially control throughout Canada or any area thereof a class or species of business in which they are engaged".

Since the criminal definition may include several persons who are not affiliated, it also overlaps the "joint monopolization" situation where "a small number of persons, not all of whom are affiliated . . . achieve or seek to achieve substantial control throughout Canada or any area thereof, of a class or species of business in which they are engaged . . .". (Section 31.73(1).)

The civil "monopolization" section states:

"31.72(1) For purposes of this section, "monopoly" means a situation where one person or two or more persons who are affiliated . . . substantially control throughout Canada or any area thereof a class or species of business in which they are engaged".

"31.72(5) For greater certainty, one or more persons may be found for the purposes of subsection (1) to have substantial control of a class or species of business in which they are engaged notwithstanding that they account for less than fifty per cent of a class or species of business in which they are engaged."

The civil definition of "monopoly", unlike the criminal section, declares that one or more persons may be a "monopoly" even though they account for less than 50% of a class of business. However that is measured, it would appear that a firm that accounts for a relatively small share of a class of business may qualify as a "monopoly". The reach of the section is further extended because it also applies to those who "seek to achieve" that status. Even rather minor participants in a class of business may find their actions subject to review if they aspire to a "monopoly" position in this broad sense and act accordingly.

Because of the breadth of the definitions, it must not be thought that a "monopoly" in Bill C-42 is restricted to that rare animal, the single seller in a market.

The scope of the civil section is extended to an objectionable degree, however, largely because of the inclusion of a "catch-all" clause, section 31.72(2)(a)(v). While there can be little objection to the inclusion of certain stated abuses of monopoly position, namely, behaviour that restricts entry into a market, forecloses sources of supply or outlets to a competitor, or eliminates or coerces a competitor -- the section also includes behaviour that has the effect of "restraining economic activity". This phrase is extremely vague and difficult to set limits to. The words might well be interpreted to include limiting the expansion of a competitor, or other normal results of competitive activity. Or they could be interpreted to cover the production of a smaller output than might be expected under circumstances of pure or perfect competition. The fundamental objection to such a "catch-all" clause is that the conduct may be neither avoidable nor detrimental.

Accordingly, it is recommended that the "catch-all" section 31.72(2)(a)(v) be deleted from the Bill.

In addition, the monopolization section covers conduct that is either reviewable or criminal under other provisions of the statute (section 31.72(2)(b)), and thus situations may arise in which persons are subject both to criminal penalties and to a Board order. Section 31.72(2)(b) is superfluous and objectionable and should be deleted.

Furthermore, even though the Advocate may not apply for an order against a person under either the "monopolization" or the "joint monopolization" section if proceedings have already been commenced under section 33 against that person, (F: Sections 31.72(3)(b) and 31.73(4)(b).) nothing prevents private parties from starting a suit or class action against the person and alleging criminal conduct under section 33. A person may thus face proceedings under both the criminal and civil sections for the same conduct, with possible penalties under both sections.

Finally, the remedies which the Board may apply, if it finds after review a case of "monopolization" are both broad and uncertain. Under section 31.72(2)(e), the Board may, if convinced that other remedies are insufficient, issue an order directing a person "to dissolve the monopoly or reduce the degree of monopoly or to divest himself of such part of his business or assets as is prescribed in the order . . .". The meaning of the phrase "dissolve a monopoly" is unclear. While the steps necessary to dissolve a merger are readily apparent, it is difficult to know what steps are involved in the dissolution of a monopoly other than the divestiture of assets that is also mentioned. It is recommended that the wording of this section be clarified.

In their total effect, the civil and criminal provisions governing so-called "monopolization" and "monopoly" create uncertainties for business because of the use of different definitions in the two sections, the "catch-all" clause in the monopolization section, the possible overlap of criminal and civil proceedings, and lack of clarity as to what the Board may order.

More fundamentally, the retention of the criminal penalty, when a civil provision has been added covering largely similar grounds, requires strong justification. The criminal offence of "merger" is wisely deleted from Bill C-42 with the introduction of a civil provision. No good reason has been advanced for retention of the criminal offence of "monopoly", which at one time was joined with the merger offence in the same section of the Combines Investigation Act. The inappropriate and insufficiently reasoned split between criminal and civil jurisdiction mainly affects pricing practices and will be commented on at greater length in Section IV. On the same grounds, it is recommended that the criminal offence of monopoly in section 33, never a strong defender of the public interest anyway, should be repealed.

Why "Joint Monopolization" is Unnecessary

Almost any major firm with only a few competitors in the domestic market may be entrapped in the "Joint monopolization" section 31.73 irrespective of its conduct. In an oligopoly market, firms normally must recognize their mutual interdependence because of their fewness. They also are often compelled to follow "closely parallel policies or closely matching conduct". For example, if they are selling in the same market, any seller must match a lower price offered by a competitor or risk losing customers. If demand is buoyant and costs rising, a seller who does not follow a competitor in raising prices risks losing profits. If one seller advertises in a market, his competitors normally must do so also.

The principal objection to the "joint monopolization" section as worded in Bill C-42 is that it contains two "catch-all" clauses sections 31.73(1)(e) and (f) which place in jeopardy an oligopoly supplier who restrains economic activity in any manner whatsoever. The situation is the same as in the "monopolization" section. The phrase can be interpreted as covering normal business conduct and so detriment need not be proved.

As far as Imperial is aware, there is no precedent in the anti-trust laws of any country for a section covering "joint monopolization" or oligopoly. A fundamental overall objection to its introduction in Canada is that the "joint monopolization" section is not necessary to restrain or prevent conduct by oligopoly firms that is detrimental. If the joint monopolization section were deleted entirely, it would be still possible to forbid under the monopolization section detrimental conduct by anyone who has "sought or is seeking to create a monopoly or to entrench a monopoly or to extend monopoly power into another market . . . ". The types of conduct named - - restricting entry, foreclosing sources to a competitor, eliminating or coercing a competitor - - would apply to most abuses of its market power by an oligopoly firm. Other types of abusive conduct that might arise in an oligopoly situation would be prohibited under the various provisions dealing with predatory pricing and refusal to sell. There is, then, no necessity for the joint monopolization section, and its deletion is strongly recommended.

Recommendation by the Board

In Section VI of this submission, after considering the matter of procedure for appeal from the decisions and orders of the Board, Imperial suggests that, in certain instances where an important restructuring of an industry may be involved, the Board should not make an order. Instead, the Board would be empowered to make a re-

commendation to the responsible minister, who would in turn make a recommendation to the Governor in Council who would make the final decision and order. This is the procedure followed by the Foreign Investment Review Agency. In the Competition Act, it is suggested that the procedure should apply to all cases of "monopolization", "joint monopolization" (if it is retained in the Bill), mergers and specialization agreements.

"General Inquiry" for Oligopoly Situations

With the other remedies available under this statute, it is likely that the Advocate would use the joint monopolization section only if he were examining the need to restructure an industry in some major fashion as a means of "discouraging unnecessary concentration". Such a matter would be of sufficient significance that it should be dealt with, not by appointed public servants, but by Parliament as a matter of legislation. Accordingly, it is further recommended that in cases where a reorganization of the structure of an industry in a market or markets is contemplated, the Minister or the Advocate should have the power to initiate an inquiry under the provision for a General Inquiry (section 47). At the same time, it is clearly important that a public hearing should take place at which affected parties could present their case. It is therefore suggested that such an inquiry should be heard by the Board, which after a hearing, should be empowered to recommend to the Minister such legislation or other remedies as it finds advisable.

C. MERGERS AND JOINT VENTURESRecommendations

"SUBSTANTIAL GAINS
IN EFFICIENCY"

1. A lower standard of proof should be required to establish the likelihood of future "substantial gains in efficiency". Section 31.71(5) should be amended to delete the words "that there is a high probability that it will" and substitute "is likely to". The wording and the standard of proof would then be close to that required in the case of specialization agreements. (Section 31.76(2)(a)).

THRESHOLD FOR ALL
MERGERS: 20% AND
\$20 MILLION

2. The proposed threshold for horizontal mergers (section 31.71(2)), namely 20% of the combined share of the merged firms and their affiliates for a merger to be reviewable, should be extended in two ways:
 - (1) An additional requirement should be that the value of assets or of sales of the merged firms should exceed \$20 million before the merger is reviewable;

(2) All mergers, vertical and conglomerate as well as horizontal, should be subject to this twin threshold.

BINDING ADVANCE
CLEARANCE

3. For mergers that are reviewable, any of the parties to the merger should be allowed to apply for binding advance clearance of the merger by the Advocate. Any clearance so authorized should be subject to all material facts being submitted and correct. The Advocate should be required to grant or decline advance clearance within 90 days of receiving an application.

TIME LIMIT ON
CHALLENGE

4. Where advance clearance is applied for and refused, the Advocate should be allowed one year after he is notified of a merger or proposed merger to challenge it by way of an application to the Board.

FOREIGN INVESTMENT
REVIEW

5. Mergers under the Foreign Investment Review Act should be subject to the same provisions as other mergers with respect to advance clearance

and to a time limit of one year for challenge by the Advocate.

BOARD RECOMMENDATION
INSTEAD OF ORDER

6. In cases of mergers that are reviewed by the Board, instead of issuing an order, the Board should submit a recommendation to the responsible Minister in the same manner as does the Foreign Investment Review Agency.

Civil Law Basis

The change to a civil law basis will be welcomed as providing a more reasonable basis for assessing the economic and public interest effects of mergers. The removal of the present criminal provision for mergers will remove a sanction that, in the light of the jurisprudence, could hardly be called an effective deterrent. The net effect, then, is a stronger public control over mergers.

Guidelines and Directions to the Board

Of prime importance is the instruction to the Board in section 31.71(5) and (7) to give overriding priority to a merger that brings about "substantial gains in efficiency" not otherwise obtainable, provided it does not result in market dominance. This provision signals a policy of using mergers as one means of improving the efficiency of Canadian industry through rationalization.

Imperial attaches particular importance to this instruction to the Board as it relates to joint ventures, which now are clearly included in the merger section by reason of the new definition of a merger to include an "acquisition or establishment . . .". (Section 31.71(1).) In numerous instances, joint ventures are initiated as a means of sharing the high risks of new resource developments. They tend to generate new activity and to tap new sources of supply thereby generally encouraging competition and contributing to the efficiency of the economy.

The effectiveness of the instruction to the Board is limited, however, by the standard of proof required where "substantial gains in efficiency" are prospective. The difficulty of proving "a high probability" of such gains appears excessive, and it is suggested that it should be sufficient simply to satisfy the Board that such gains are "likely to" occur, as it provided in the case of specialization agreements. (Section 31.76(2)(a)).

Also, section 31.71(4) provides 14 guidelines to assist the Board in deciding whether or not to approve a merger and on what conditions. Among the criteria is the "trend of concentration" not only among the parties to the mergers and their competitors but also among their suppliers and customers as well. The guidelines should encourage the Board to prevent any undesirable merger that would lead to an undesirable situation of monopoly or market dominance.

In Canada, mergers and other means of rationalization of the structure of industry will play a more important role in national economic strategy than would be the case in a larger or less open economy such as that of the United States. To meet world competition, Canadian industries on occasion must rationalize existing firms and facilities to establish plants of world scale. Foreign thinking and doctrine should be compelled to pass the test of relevance to Canadian conditions and not be uncritically

adopted in Canadian economic or competition policy.

In view of all these considerations, the total effect of the merger provision affords a strong enough public control over incipient monopoly and dominance that there is no necessity or justification for "overkill" in the monopoly and joint monopolization provisions.

Threshold for Mergers

Section 31.71(2) provides that in the case of horizontal mergers the merger is reviewable only if the combined shares of the market of the merged persons and their affiliates exceeds 20% immediately following the merger. The 20% share seems low in contrast to the 50% standard applied in international conspiracies (section 32.1(4)). The 50% applies to "the production or supply in Canada" whereas the 20% in the case of a horizontal merger may apply to a local market. In such circumstances, the 20% test may well bring under review mergers of quite small firms that are of marginal significance even in the region where they take place. It is therefore suggested that an additional test be added before a horizontal merger is reviewable, based on the combined assets or value of sales of the merged firms. A combined threshold of 20% of market share and \$20 million of assets or sales should prove effective in weeding out inconsequential mergers from the review process.

In addition, there is no valid reason for granting an exemption from review only to small horizontal mergers. The possibilities for anti-competitive behaviour resulting from vertical and conglomerate mergers is certainly no greater than for horizontal mergers of comparable size. In fact, in many instances they may be of positive benefit to competition. It is therefore suggested that the twin threshold of 20% of market share and \$20 million of assets or sales should apply to all mergers and not solely to horizontal mergers.

Binding Advance Clearance

If mergers and joint ventures of substantial size and importance are to be reviewable by the Board and subject to the drastic measures of dissolution of the merger and disposal of assets, it is essential to devise some system whereby parties to a merger may seek binding approval in advance of merging their assets.

The Skeoch-McDonald Report in a section on "advance clearance" expressed the view that the present program of compliance is "a necessary evil rather than a virtue" and that the need for it should diminish with a shift of jurisdiction to the Board from the criminal courts. If strategic cases are brought to the Board, its decisions should enable businessmen and their advisors to decide for themselves what is permissible. But since mergers and rationalization arrangements are non-recurring transactions that may often involve a substantial reorganization of assets, the Report recommended a procedure for authoritative advance clearance. (F: pp. 336-7.)

If small mergers of all types are exempted from review by the proposed twin threshold test, the number of mergers for which advance clearance is sought should not overstrain the resources of the Advocate. Approval should be made conditional upon the parties submitting to the Advocate all material facts, and upon their accuracy.

In order to avoid undue delay to the parties contemplating a merger, it is suggested that the Advocate be required either to grant or decline an application for binding advance clearance within 90 days.

If greater efficiency of the economy is to be attained in part through rationalization by way of mergers, it is essential that an appropriate procedure be devised and the needed resources be given to the Advocate to carry out his mandate. This is especially true of high risk enterprises for large resource developments that

are necessarily financed on a joint venture basis. Administrative convenience must give way to commercial necessity.

Time Limit on Challenge

Where advance clearance is applied for and refused, it would seem reasonable that the Advocate should be able to determine on a further course of action within a period of one year after the application has been received by his office.

Foreign Investment Review Act

The proposed system of reviewing mergers under the Foreign Investment Review Act ("FIRA") independently of the Competition Act might appear to introduce a new hurdle and delay into the review of acquisitions by foreign investors. Nevertheless, it is understood that a decision as to whether to challenge a merger under FIRA can usually be reached by the Advocate concurrently with the FIRA proceedings and before these are completed. More important then is the possible conflict in government policies which may on occasion result from the separation of the proceedings. (Section 31.71(11)).

To minimize the uncertainties of mergers that require approval under FIRA, it is suggested that advance clearance should be available for such mergers on the same terms as for other mergers. The same provisions for a time limit on a challenge by the Advocate should apply, the time to run from the receipt of a notice from the Foreign Investment Review Agency under section 31.71(9) of the Competition Act.

D. SPECIALIZATION AGREEMENTSRecommendations

TERM

1. Amend section 31.76(2) and (7) to provide that the Board may in all cases allow a specialization agreement for a period of not less than 10 years or such longer period as the Board deems appropriate. Special provision for a case involving a reduction in tariffs is not needed.

PRELIMINARY EXCHANGE
OF INFORMATION

2. Add to section 31.76 a new subsection to provide that parties contemplating a specialization agreement may for that purpose exchange relevant technical and pricing information and jointly conduct trial production runs, without thereby violating any of the provisions of Part V.

NEW PRODUCTS

3. Add to section 31.76 a new provision enabling parties to enter into a specialization agreement that relates in whole or in part to a new product not being produced by any of the parties at the time the agreement is made.

BOARD RECOMMENDATION

4. Where a specialization agreement is reviewed by the Board, instead of issuing an order, the Board should submit a recommendation to the responsible minister in the same manner as does the Foreign Investment Review Agency.

Time Limit

Temporary specialization agreements were proposed by the Economic Council "to accomplish a restructuring of production and distribution with a view to increasing the scale and specialization of Canadian output and, in this way, reducing costs". The Skeoch-McDonald Report also endorsed the concept of specialization agreements as part of a structural rationalization program.

The Economic Council proposed that the tribunal which approved the agreement should also specify a time period, at the end of which, experience under the agreement would be reviewed and a decision reached concerning the need for an extension. No overall time limit was proposed. (F: Interim Report, pp. 118-9; Skeoch-McDonald Report, pp. 158,196-7.)

In many industries, notably, petrochemicals, the lead time for bringing planned new plants into production is very long. In such circumstances, the time between the signing of a specialization agreement and the start of production in a new plant built as a result of the agreement could use up more than a maximum 5 or 10 year term. If time is allowed for recovery of the investment and for growth in the domestic market to the point where the

agreement becomes unnecessary, then the desirable term of a specialization agreement could well extend to 10 years and beyond. Accordingly, Imperial suggests that the minimum period for any specialization agreement should be 10 years.

A number of problems result from linking the 10-year conditional limit in Bill C-42 to a reduction in customs duties. For example, a reduction in customs duties could subject competing firms not party to the agreement to intensified foreign as well as domestic competition. In addition, it may often be difficult to balance readily the benefits of a specialization agreement against the hazards of greater foreign competition. For these reasons, Imperial would suggest that special provision in the statute for a reduction in tariffs is unnecessary, and this consideration is one which the Board can entertain in determining the appropriate time period.

Preliminary Exchanges

Another difficulty with the present provision is that it affords no protection to parties who are investigating the feasibility of a specialization agreement but who have not yet signed one.

It is suggested that parties contemplating a specialization agreement should be allowed to exchange technical and pricing information that they each may require while examining the feasibility and developing the terms of the agreement. The parties should also be allowed to conduct joint experiments and trial runs for the same purpose. So long as such activities are bona fide, they would not constitute a violation of any of the provisions of Part V.

New Products

At present the wording in section 31.76 contemplates only the discontinuance of production of articles already being produced and not an agreement whereby one or more parties would refrain from producing a new product. Since the availability of specialization agreements could hasten the introduction in Canada of products not yet produced here, Imperial suggests that section 31.76 be amended to allow specialization agreements covering products not being produced in Canada as well as those already in production.

E. BALANCE AND CONSISTENCY

Comparing the Two Reports with Bill C-42

The Economic Council's scheme located all the structural remedies for abuse of monopoly or dominant position under the civil law. Considerable reliance was placed on the power of the Director to challenge mergers and of the tribunal to review them. Otherwise, monopoly abuses were to be controlled, not ordinarily by a review of monopoly situations as such, but by review and prohibition of detrimental exclusionary trade practices. General inquiries would be used for the review of special situations of dominance or monopoly with the possibility of special legislation. Provisions for rationalization through the use of specialization and export agreements would provide for the realization of economic benefits from greater concentration in particular cases. (F:Interim Report, pp. 112, 118-120, 128-9.)

The Skeoch-McDonald Report recommended placing the structural remedies under the civil law, with a tribunal reviewing mergers and misuse of dominant position. Structural rationalization was provided for. The Report lays considerable stress on the achievement of "real-cost economies" in the evaluation of mergers or artificial restraints by a dominant firm. (F: Skeoch-McDonald Report, pp.125,156).

Bill C-42 reflects a different balance of provisions relating to industrial structure. Instead of a complete shift to civil law for the structural remedies, Bill C-42 would enact provisions of broad scope permitting a review of monopoly and oligopoly situations where there is any restraint on economic activity while at the same time retaining the criminal prohibition of monopoly. Recognition of the importance of mergers that "bring about substantial gains in efficiency" is muted by the requirement of a high standard of proof of any future benefits. One senses that the merger section may be viewed by the framers of Bill C-42 as somehow not strong enough, unless it is bolstered by rather oppressive provisions relating to monopoly and joint monopolization. Examples of "overkill" of concentration were cited earlier.

Imperial's recommendations are designed to bring the structural provisions in Bill C-42 into a better balance resembling more closely that of the two earlier reports. The "joint monopolization" section and the "catch-all" clause in the monopolization section, which would permit a doctrinaire or political attack on the structure of a major industry, should be deleted. The criminal offence of monopoly should also be deleted. And various amendments should be made in the merger section to remove uncertainties that could deter investment in enterprises that will improve economic efficiency. Further, the specialization agreements section should be amended to remove the restrictions which rob it of much of its value. By these means, Imperial believes the provisions relating to industrial structure and market organization in Bill C-42 can be refitted so as to carry out better the true intent of the amending legislation.

Eight Ways to Lessen Competition

A common concern running through most of the substantive provisions, relating both to industrial structure and to pricing practices, is to prohibit or remedy situations or actions harmful to competition. Competition is rightly seen as generally the best guarantee of a "flexible, adaptable and dynamic" economy.

Bill C-42 has, however, compounded the difficulties of interpreting when a situation or action is harmful to competition because it has introduced into the law new phrases to describe what is harmful.

There are now eight principal patterns of phraseology in a single statute to establish standards of what is harmful to competition, namely:

- | | |
|--|---|
| Patents;
Conspiracy | (1) "affect competition adversely in a market" (e.g. section 31.74) or "in Canada" (section 32.1(1)(c)); |
| Price Discrimination;
Interlocking Management | (2) "substantially lessening competition" (e.g. sections 34(1)(c), 31.75); |
| Conspiracy | (3) "lessen competition unduly" (section 32(5)(d)) or "prevent, or lessen, unduly, competition" (32(1)(c)); |
| Specialization
Agreements | (4) "eliminate, completely or virtually, competition" (section 31.76(4)); |
| Price differentiation | (5) "impede, substantially, the expansion of an efficient firm, or a firm that, but for the practice, |

would be a strong competitor
in a market" (section 31.77(1)(c));

Specialization agreements (6) "not reasonably attainable by
means less restrictive of
competition" (section 31.76(2)(a));

Monopoly (7) Operate a business "to the detriment
or against the interest of the
public" (section 33(2)).

Monopolization;
Joint Monopolization (8) "restraining economic activity"
(sections 31.72(2)(a)(v), 31.73(1)(e)
and (f)).

The variety of phrases used to describe harm to competition threatens the consistency of standards of competition that may be applied under the Competition Act. Within the provisions relating to structure and also in the provisions relating to pricing practices there is an unpatterned diversity. A multiplicity of phrases creates undue difficulties for the courts and the Board, substantially lessening the likelihood of clear decisions, to the detriment or against the interest of businessmen seeking to understand the law, and virtually eliminating all clear signals as to what behaviour is unacceptable.

PRICING PRACTICESA. MAIN IMPLICATIONSThe Criminal-Civil Dichotomy

The principal innovations in Bill C-42 with respect to pricing practices are the introduction of a new civil section to cover a form of price discrimination labelled as "price differentiation" (section 31.77) and the introduction of a new criminal provision for "Systematic delivered pricing". The existing criminal provisions for price discrimination in section 34 are retained but amended. A cost justification is introduced in the civil provision for price differentiation but none is provided in the case of criminal price discrimination. In Imperial's view, there is no clear rationale for the split between criminal and civil jurisdiction and the price differentiation section does not harmonize well with the price discrimination section.

The proper classification of actions as civil or criminal is more than a matter of administrative or even constitutional convenience. For the person affected, criminal penalties carry the weight of public opprobrium, fines, imprisonment for individuals, and under Bill C-42 also the possibility of a class or substitute action for damages. The civil process has a softer touch, however firm its grip may be. Under the civil sections in Bill C-42 acts may be prohibited by Board or court order, but unless the person affected violates the order, he escapes public blame, fine or imprisonment and possible class actions. The split in Bill C-42 reflects little careful weighing of the consequences of categorizing

acts as civil or criminal. Discriminatory pricing in the sale of "like" quantities, called "price discrimination", is criminal while discriminatory pricing of "unlike" quantities, called "price differentiation" is civil. Yet the practices, the persons involved, and the consequences of the two types of actions may be virtually identical. Differences in wording in the civil and criminal sections result not only in vastly different standards and penalties being applied. They also create anomalies, such as a "minor supplier" being immune from civil review for price differentiation but subject to criminal prosecution for price discrimination.

(F: Similarly, "Foreign directives" from affiliates under section 32.11 are criminal, as are "International conspiracies..... that adversely affect competition" (section 32.1). Class actions could therefore be instituted on the basis of a conviction under these sections. Yet, "Orders in respect of restriction of importation or exportation" (involving affiliates) under section 31.61 are reviewable and so not subject to the class action sections unless a Board order is violated. From the standpoint of equitably recompensing damaged parties, there seems little reason to omit those affected by an order restricting imports or exports (section 31.61) while victims of foreign directives or international conspiracies may sue as a class for damages). In order to achieve a more equitable result without weakening the true effectiveness of the law, Imperial recommends changes in Bill C-42 that would shift most predatory pricing practices (as well as abuses of monopoly position) entirely under civil jurisdiction. Since delivered pricing, some instances of price discrimination and some monopoly situations are not on balance detrimental to the public, it should, in any particular case, be easier to achieve a true assessment of their economic effects if they are subject to review by the Board rather than to judgment by the courts.

Price Rigidity

Since the intent of the amendments in Bill C-42 is generally to remove restraints to competition, Imperial is concerned that certain provisions may have the unintended effect of creating price rigidity rather than price flexibility.

One example is the wording of the criminal offence of "selling products at prices abnormally low" (section (34(1)(c))). The use of the word "abnormally" instead of "unreasonably" will create uncertainty as to whether a special large discount to a buyer would violate the section. Such uncertainty may cause reluctance on the part of a seller to grant such discounts, particularly since he would be subject to a class action if the low prices were found illegal. Similarly, a buyer may not seek such a discount if he thinks it might be illegal. Either way, the uncertainty will lead to "sticky" prices.

The provision for "systematic delivered pricing" also may give rise to a problem of price rigidity, as is discussed later in this Section.

The possibility of creating price rigidities is also a further reason for eliminating the "joint monopolization" section as recommended in the previous Section. As it appears in the Bill with the "catch-all" clauses (section 31.73(1)(e) and (f)), the joint monopolization provision may be viewed as potentially a means of governmental review of oligopoly situations. The references in the section to "closely parallel policies", "closely matching conduct" and "mutual recognition of their interdependence" may deter firms in oligopoly markets from changing prices in a manner that may attract the attention of the Advocate. Announced price changes may thus be fewer and less responsive to changes in market conditions as a result. A "fear of competing" will be reflected in price rigidity.

The amendments proposed by Imperial with respect to selling at "abnormally" low prices, "systematic delivered pricing", "joint monopolization", and certain other substantive sections of Bill C-42 are intended, at least in part, to lessen the possibilities for price rigidity.

B. RECOMMENDATIONS ON PRICING PRACTICES

Recommendations on Price Discrimination

CIVIL BASIS FOR PRICE DISCRIMINATION

1. Repeal section 34, the criminal offence of price discrimination with respect to "like" quantities, and substitute appropriate civil provisions for review by the Board of the practices described in sections 34(1)(a), (b) and (c).

PRICE DISCRIMINATION:

2. With respect to the practice of price discrimination among persons now covered in section 34(1)(a), make the following amendments:

-- DELETE "ULTIMATE"

- (1) Delete the word "ultimate" wherever the phrase "same ultimate customers" occurs;

-- ADD "AGREEMENT FOR SALE"

- (2) Amend section 34(1)(a) and 34(2) to include provision for an "agreement for sale".

-- PROOF OF DETRIMENT

(3) Amend to provide that discrimination does not occur unless it results in a significant impairment of the competitive position of the disfavoured buyer.

-- COST JUSTIFICATION

(4) Insert a clause similar to that in section 31.77(2) relating to price differentiation to the effect that the Board shall not make an order prohibiting the practice if it is satisfied that the practice engaged in by the supplier is based on a reasonable assessment of the difference in the actual or anticipated cost of supplying customers in different quantities and under different terms and conditions of delivery.

CIVIL REVIEW FOR
GEOGRAPHICAL PRICE
DISCRIMINATION

3. With respect to geographical price discrimination, now covered in section 34(1)(b), make appropriate changes as for section 34(1)(a) to provide for review by the board and a cost justification.

- SELLING AT LOW PRICES: 4. With respect to selling at low prices, now covered in section 34(1)(c), make the following amendments:
- DELETE "ABNORMALLY",
RESTORE "UNREASONABLY" (1) Delete the word "Abnormally" and substitute the word "unreasonably" so that the phrase will again read "at prices unreasonably low";
- CIVIL REVIEW (2) Provide for review by the Board.
- CIVIL BASIS FOR
PROMOTIONAL ALLOWANCES 5. Repeal section 35, the criminal offence covering discriminatory promotional allowances, and substitute a civil provision for review by the Board.
- PRICE DIFFERENTIATION:
DELETE "MAJOR SUPPLIER" 6. In the "Price Differentiation" section 31.77(1)(b), delete the words "is a major supplier in a market".

Recommendations on Systematic Delivered Pricing

- CIVIL BASIS 1. Delete section (38.1) which establishes "Systematic delivered pricing" as a criminal offence.

"SYSTEM" OF DELIVERED
OR BASING POINT PRICING

2. Provide that "a system of delivered pricing or basing point pricing that substantially lessens competition in a market" shall be reviewable by the Board on application by the Advocate.

SEPARATE PRODUCT

3. Introduce a clarification of when an article is a separate product (similar to section 31.2(2)).

C. PRICE DIFFERENTIATION AND PRICE DISCRIMINATION

Price Differentiation

The new civil provision labelled "price differentiation" (section 31.77) covers discriminatory pricing in sales of "unlike" quantity while the existing criminal provision in section 34(1)(a) covers discriminatory pricing in sales to persons of "like" quantities. "Price differentiation" appears to be a coined word to describe a variant of price discrimination.

Unlike the criminal provision, the new civil section provides a cost justification for "price differentiation". Also, while "price discrimination" is prohibited per se in section 34, "price differentiation" is only subject to prohibition if the practice has or is likely to impede, substantially, the expansion of an efficient firm or of one that, except for the practice, would be a strong competitor. The main objection to the "price differentiation" section is that if it is practised by a "major supplier", it is reviewable, while an identical action by a major supplier is not.

In actuality, the major supplier may simply be following the smaller supplier who initiated the differentiation in price. Yet the practice of the major supplier is subject to prohibition by order of the Board while the smaller supplier is exempt. This distinction seems entirely unfair to large suppliers and it is recommended that the reference to major suppliers be deleted from the section.

Civil Basis for All Price Discrimination

A common rationale for provisions relating to price differentiation and price discrimination is stated in the Proposals namely, "to prevent otherwise efficient enterprises with relatively little bargaining power from being placed at an unnecessary cost disadvantage". (F: Proposals, Ottawa, March 1977, pp. 55-6).

Both the Economic Council and the Skeoch-McDonald reports expressed a preference for a civil provision for price discrimination. Proposed draft legislation in the Skeoch-McDonald Report included a cost justification based on the "reasonably anticipated long-run average cost of production and distribution". At the same time, the Report warned that a cost justification based on accounting records would be a static and misleading basis for public policy decisions". Even the present inappropriate and outdated legislation, the Report asserted, would be preferable. (F: Skeoch-McDonald Report, pp.221, 225, 230-1).

Bill C-42 goes only part way in the direction pointed by the two earlier reports. It is difficult to understand why the framers of the Bill could draw such a fine distinction between sales of "unlike" quantities which are reviewable and sales of "like" quantities which are criminal. There is no apparent reason why price discrimination among persons in the sale of like quantities could not be translated into civil legislation with the same cost

justification as is proposed for price differentiation under section 31.77(2). Imperial therefore suggests that section 34 covering "Price Discrimination" and section 35 covering "Promotional Allowances" should be no longer criminal offences but should be reviewable by the Board.

"Same Ultimate Customers"

In Bill C-42, section 34(1)(a) in the English version contains a misleading phrase "the same ultimate customers". The word "ultimate" suggests a final consumer, as a motorist whose car consumes gasoline. The effect of the English wording in C-42 would seem to be to prohibit a petroleum company from selling gasoline at one price to a dealer and at a lower price to a wholesaler if these two customers are competing for a share of the patronage of the same ultimate customer, the motorist. Yet surely the intent of section 34(1)(a) is to prohibit price discrimination as between customers in the same class of trade. The words in the French version do not convey the same impression. It is therefore suggested that the word "ultimate" be omitted so as to reconcile the English and French versions.

Agreements for Sale

There is also some doubt as to whether section 34(1)(a) covers an "agreement for sale" as distinct from a "sale". The problem arises particularly because the amended version, instead of referring as previously to "any sale", now more explicitly mentions "any sale or offer for sale of articles". It is therefore, proposed that the section also include a reference to "agreement for sale".

This amendment would require a consequential amendment to section 34(2) to include an agreement for sale. The amendment would make the relevant quantity the quantity covered by the agreement,

and the relevant time the time the agreement was entered into.

Proof of Detriment

In addition, section 34(1)(a) as presently written does not require any proof of detriment to the disfavoured buyer. While the courts might imply such a requirement, for greater certainty it is suggested that the section should be amended to provide that discrimination does not occur unless it results in a significant impairment of the competitive position of the disfavoured buyer.

"PRICES ABNORMALLY LOW"

In Bill C-42 one of the changes made in section 34(1)(c) is that the offence should not relate to "a policy of selling products at prices unreasonably low..." but rather "at prices abnormally low...". "Abnormally low" suggests a price that either over a period of time or at a given specific time is below the common average price. "Unreasonably low" suggests a low price that cannot be justified in terms of cost differences, local market conditions or some other identifiable factor.

The proposed change will create uncertainty as to the legality of offering a low price that might trigger or prolong a price war, because it could be interpreted as being designed or having a tendency to lessen competition substantially. Such uncertainty will contribute not to price flexibility but to price rigidity. Accordingly, it is recommended that "unreasonably" be retained in the section and that "abnormally" be deleted.

D. SYSTEMATIC DELIVERED PRICING

Problems in Concept

Section 38.1 provides for a new criminal offence under the caption "systematic delivered pricing". The caption is, however, misleading, since there is no requirement that the refusal to sell referred to is illegal only if it is systematic or a "practice" or "policy". Because such words occur elsewhere in the statute when the intent is to exempt isolated acts, one must presume in this case that isolated acts may well be found illegal.

The section is not intended to ban delivered pricing or freight absorption as such but rather to weaken the "tight oligopolistic co-ordination" with which it may be associated and to which it may contribute. (F: Proposals, p.65). A serious weakness of the section is that it may fail altogether to prohibit a form of delivered price scheme in which oligopolistic co-ordination is tightest. Suppose there are two sellers for a product in Canada, sheltered by a tariff, who sell at a single uniform delivered price across Canada. A provision, such as section 38.1, that forces a supplier to sell to any customer at any locality at which he makes delivery on the same terms and conditions as he sells there to another customer will not break up or weaken the delivered pricing scheme. The provision fails for lack of any competitive point of delivery.

It would be preferable to introduce, instead of a criminal section based on the concept of refusal to deal, a civil provision making a "system" of delivered pricing or of basing point pricing reviewable by the Board and subject to prohibition where it substantially lessens competition.

Branded and Unbranded Products

As presently worded, section 38.1 does not distinguish when an "article" is a separate product. As a result, the section could be interpreted as requiring a manufacturer to sell a branded product at a locality on the same terms and conditions as an unbranded product. The intention of the section surely is not to prohibit price differences between branded and unbranded products or to disrupt a system of distribution for branded products as such. It is therefore suggested that section 38.1, if retained in its present form, should include a clarification as to when an article is not a separate product, being differentiated by a trade mark, proprietary name or in some other way. A clarification of this type is already contained in section 31.2(2) relating to "refusal to deal".

E. INTENT OF THE RECOMMENDATIONS

Imperial's recommendations for amendments to the Bill C-42 provisions respecting pricing practices are intended to accomplish certain objectives:

- (1) To overcome the anomalies and inequities created by an injudicious splitting of the coverage of related practices between criminal and civil jurisdiction;
- (2) To minimize the possibility of uncertainties that will be conducive to price rigidity; and
- (3) To improve the clarity of the law as it relates to particular pricing practices.

In proposing these changes, Imperial is mindful of the importance of giving encouragement to fair and competitive pricing practices so as to improve the efficient and equitable working of the economy.

CLASS ACTIONSCommentary

Despite the theoretical attractiveness of class actions, experience in the United States to date does not suggest they have been an effective means of consumer protection or redress. They appear to be characterized by enormous fees for the legal profession and trifling awards to individual plaintiffs. This, coupled with the length and complexity of such proceedings, is likely to lead to cynicism and disillusionment on the part of the average consumer with this much touted remedy. It is unfortunate that Canada should embark on a class action procedure before its major problems have been worked out in another jurisdiction which has already had considerable experience with them.

A class action procedure for the purpose of the Competition Act presents many complex problems. The proponents of the procedure, and for the most part the draftsman of Bill C-42, resolve these problems to the detriment of the defendant, no doubt on the assumption that the defendant will always be a large corporation with a "deep pocket". That, however, need not always be the case, and it should be borne in mind that a small business may be financially ruined for a comparatively minor violation of the Competition Act by reason of the cumulative effect of a large number of very small claims (in addition to the criminal penalty) facilitated by a legal procedure devised in almost every respect to assist the plaintiff and prejudice the defendant.

Recommendations

NOTICE

1. Each member of the class should be entitled to notice of the proceedings and advised that he may become a member of the class by completing and mailing a simple form to the court.

MAINTENANCE OF
CLASS ACTION

2. Section 39.12, dealing with maintenance of a class action, should be broadened to permit or require the court to consider a wider range of considerations, as set out below.

COSTS

3. The usual rules on costs should apply to all aspects of a class action; if the public interest requires that class plaintiffs and their lawyers be assisted financially, arrangements should be made to do so out of funds provided by Parliament for the enforcement of the Competition Act.

DELETE SUBSTITUTE
ACTION

4. The substitute action procedure should be removed because it is punitive and unnecessary.

Notice

The bill should make it mandatory that notice be given to all members of the class. In the absence of such notice class members who may not wish to be included will be prejudiced since they will be bound by the judgment given, and the defendant will not have adequate knowledge of the case he has to meet.

Closely associated with the matter of notice is the question whether a claimant should "opt in" or "opt out" of the class action. Bill C-42 adopts the "opt out" approach, that is the claimant is automatically included in the class unless he elects to be excluded. We submit, however, that only those claimants who receive notice and elect to be included in the class action should be included. If a claimant has so little interest in pursuing his claim that he will not take the trouble to mail in a simple election to be included in the class action, there can be no real justification for including him.

Maintenance and Manageability

Section 39.12, which deals with the application to maintain a class action, is in our submission too narrowly drafted. Specifically it should be made a requirement that:

- (a) the court finds that the claims or defences of the representative party are typical of the claims or defences of the class, to prevent any conflict of interest;
- (b) the court finds that the questions of law and fact common to the defences and counterclaims of the defendant predominate over those affecting only individual members; and
- (c) the court should consider all matters that bear on manageability,

not only the cost of administering the relief claimed; e.g., such matters as the size of the class, notice problems, time required for the determination of individual issues, difficulties in determining damages, etc.

Costs

Proponents of class actions point out that the usual rules regarding costs of litigation constitute a significant deterrent to class actions being brought. Their solution is usually to change the rules to the detriment of a defendant. While Bill C-42 does not entirely reverse the rules to favour the plaintiff and prejudice the defendant, in our submission equity and justice require that the usual rules regarding the costs of litigation should apply to all aspects of a class action. The denial of costs to a successful defendant cannot be justified except as a subsidization by the defendant of private enforcement of the Competition Act. We submit that if the public interest requires that class plaintiffs and their lawyers be financially assisted in class actions they should be indemnified for the costs they incur out of monies voted by Parliament for the enforcement of the Act.

A second reason for retaining the usual cost rules as a deterrent to unmeritorious class actions is the inadequacy of the prima facie case requirement in section 39.12(2)(d). In the context of class actions this requirement probably means no more than that the claim is not clearly frivolous or vexatious or bound to be unsuccessful. Having regard to the material before the court on such an application it will only be in exceptional cases that the order will be refused. On the other hand, no one knows his own case so well as the plaintiff, and the traditional deterrent of liability for costs is the most effective deterrent against unmeritorious actions.

Substitute Actions

The Advocate may bring a substitute action where a class action cannot be brought because it is unmanageable and where the Crown has either elected not to prosecute or it has done so and the accused has been acquitted. The purpose of the substitute action is said to be to prevent the "unjust enrichment" of the defendant. It is submitted that this procedure is punitive and unnecessary. The primary method of enforcement of the Act by the Advocate should be by way of a criminal prosecution for violation of a criminal prohibition or an order of the Board in respect of a trade practice, and there is no good reason why the Advocate should have the option of bringing a substitute action presumably because of the lower standard of proof in a civil case. The court can prevent any "unjust enrichment" of the accused by imposing an appropriate fine.

ADMINISTRATION AND APPEALSA. ADMINISTRATION AND PROCEDURECommentary

The Bill contains some commendable improvements of procedure. For example, under section 31.78 a person other than the applicant or the person against whom an order is sought, who is likely to be substantially affected by an order of the Board, may be afforded an opportunity to be heard and make representations. Also, under section 31.79 the Board is required to make an order in such terms as will achieve the purpose for which it is intended while interfering to the least possible extent with the rights of persons affected.

Section 31.91 usefully provides that the Advocate may not apply for an order under any of sections 31.2 to 31.77 unless on an ex parte application he satisfies a member of the Board that a prima facie case exists for the making of the order. We question, however, whether the application should be made ex parte and to a single member of the Board, who may be an associate member. We recommend that notice should be given to any person against whom the order is sought in the same manner as in section 29 dealing with interim injunctions, and that the application must be heard by a permanent and not by an associate member of the Board.

Recommendations

- | | |
|---|---|
| PRELIMINARY APPLICATION:
NOTICE;
APPLICATION TO
PERMANENT MEMBER | 1. Section 31.91 should be amended to provide that when the Advocate applies for permission to make an application under any of sections 31.2 to 31.77, notice should be given to any person against whom an order is sought in the same manner as in section 29 dealing with interim injunctions, and that the application must be heard by a permanent and not by an associate member of the Board. |
| MAJORITY OF BOARD
PERMANENT MEMBERS | 2. Section 16.2 should be amended to provide that the Board at all times consists of a majority of permanent members. |
| ORAL EXAMINATION | 3. A member of the Board and not a hearing officer should preside at the oral examination of a witness. |
| REPRESENTATION BY
COUNSEL | 4. No change should be made in section 20 which now permits a person whose conduct is being inquired into to be represented by counsel when a witness is being examined under oath. |

REPORT IN GENERAL
INQUIRY TO BOARD

5. The present system for general inquiries under section 47 should be retained whereby the Advocate will submit his report to the Board which will hold hearings at which interested parties may appear and adduce evidence following which the Board will report to the minister.

Constitution of the Board

The provision for associate members is no doubt intended to permit the appointment for special cases of persons having expertise in the subject matter of the case. Associate members are, however, in many instances given the same powers as permanent members and we recommend that section 16.2 should be altered to provide that the Board shall at all times consist of a majority of permanent members.

Hearing Officers

The revised provisions for the oral examination of witnesses before a hearing officer are a cause for concern. It is proposed in section 17 that a hearing officer need not be a member of the Board and section 24(1) provides that hearing officers will be remunerated on a fee basis. Having regard to the nature of an oral examination and the vulnerability of the witness, it is important that the witness should have confidence in the independence and impartiality of the presiding officer. We therefore strongly recommend that this function be retained by the Board and that a member of the Board, and not a

hearing officer, should preside at the oral examination of a witness.

Representation by Counsel

The Bill proposes to amend section 20 to remove the discretion of the presiding officer at an oral examination under section 17 to allow any person whose conduct is being inquired into to be represented by counsel. It is submitted that there is no justification for this change in the law and indeed it runs counter to the current trend obligating the Crown to make fuller disclosure of its case to an accused person. We recommend that the present provisions of section 20(1) be retained.

General Inquiries

Section 47 would alter the present system for general inquiries by providing that the Minister may appoint a Commissioner under the Inquiries Act to reopen a general inquiry conducted by the Advocate and make a further report to the Minister. Having regard to the knowledge and expertise which will be gained by the Board in the course of their duties it seems preferable to retain the present procedure whereby the Advocate will submit his report to the Board, which will hold hearings at which interested parties may appear and adduce evidence. Follow the hearing, the Board will report to the Minister.

B. CLAIM OF SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGERecommendationsADVOCATE TO FOLLOW
PROCEDURE

1. Section 10.1(1) should be amended to make it clear that the Advocate or his representative must either follow the prescribed procedure or refrain from examining, copying or taking away the document for which privilege is claimed.

OWNER MAY COPY
DOCUMENTS

2. Provision should be made that the owner of the document may obtain a copy of it pending resolution of the claim of privilege by the court.

Suggested Amendments

A procedure for resolving claims of solicitor-client privilege is a welcome addition to the Act. However, there are a few respects in which section 10.1 could be improved upon.

- (a) The use of the word "may" in subsection (1) (page 8, line 10) is unfortunate since it suggests a discretion on the part of the Advocate or his representative as to whether or not he must follow the statutory procedure. It is recommended that the matter be clarified by wording to the following effect:

"... the Competition Policy Advocate or his representative shall either refrain from examining, copying or taking it away or, without examining or further examining it or make a copy or further copy thereof, place it and any copy of it theretofore made by him in a package and seal and identify the package ..." etc.

- (b) Since the owner of the document may require a copy of it in order to prepare his case for argument before the judge, or to carry on his day to day business, a provision should be added similar to subsection 232(13) of the Income Tax Act which provides for a judge to authorize the copying of a document by its owner in the presence of its custodian.

C. BUSINESS DATA STORED COMPUTER BANK

Recommendations

WHICH RECORDS TO
BE MAINTAINED

1. 10.2(1) should be amended so that the only records of data stored in a computer bank and the only procedures for retrieving such data that need be maintained by the owner, are those which are maintained in the ordinary course of business.

REIMBURSEMENT FOR
COSTS

2. The owner of data should be reimbursed for the costs he incurs in providing the Advocate with a print-out or other copy of data stored in a computer data bank.

OWNER MAY COPY

3. The owner of data should be permitted to make a copy of it before it is removed from his premises by the Advocate.

Maintenance of Records

Subsection (1) of section 10.2 requires a person who stores data in a computer data bank to maintain (a) a detailed record of the data so stored and (b) a current description of the procedure for retrieving such data, which go far beyond commercial practice in Canada and the needs of the owners of the data. The section does not recognize that part of the data stored in a computer data bank ceases over time to be of practical use to its owner and that the owner, therefore, elects not to incur the needless expense of maintaining a detailed record of such obsolete data or a procedure for retrieving it. It is submitted that the normal business practices of the owner of currently useful data stored in a computer data bank will ensure that an adequate record and retrieval procedures will in fact be maintained to meet the reasonable needs of the Advocate.

If it should be decided to impose on corporations the additional expense which would be involved with compliance with subsection (1), equity requires that the owner of the data should be compensated for any additional expense he will incur in maintaining records and in

employing procedures for retrieving such data including associated computer time. It should be recognized that in many cases the retrieval of such data requires the use of highly skilled and expert personnel whose time is in demand and is costly to their employer. Further, in many cases the cost of retrieving data is so significant that a corporation will undertake a careful cost benefit analysis before deciding on the retrieval of such data; indeed this is normally the case with historical data going back over some period of time.

Reimbursement for Costs

Similarly, in the case of subsection (2) equity requires that the owner of the data be reimbursed for the costs he incurs in providing the Advocate with a print-out or other copy of the data referred to in that subsection.

Copying

Subsection (6) empowers the Advocate to take away for examination or copying any description, program or print-out referred to in subsection (1). The temporary loss of the material taken away could cause its owner substantial problems in the day to day carrying on of his business and we submit that the section should provide that the owner of the material be permitted to make a copy of the material before it is removed from his premises by the Advocate.

D. REGULATED CONDUCTRecommendationSINGLE CONDITION
FOR EXEMPTION

1. The conditions set out in subparagraphs (b) and (c) of the definition of "regulated conduct" in section 4.5(2) are unreasonable and impractical, and the condition set out in subparagraph (a) should stand alone, i.e., the conduct has been expressly required or authorized by a public agency that is not appointed or elected by the persons affected.

Conditions for Exemption

The exemption of regulated conduct from the Combines Investigation Act has in the past rested on case law, notably the Canadian Breweries case (1960 O.R. 601) and the Farm Products Marketing Act case (1957 S.C.R. 198). These decisions leave an area of doubt as to the precise extent of the exemption.

In its report on Bill C-2 (Senate Hansard, December 10, 1975, pp. 1571 ff. and pp. 1589 ff.) the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce referred to regulated conduct as an area of great difficulty and stated at p. 1591:

"Your Committee feels strongly that no industry, trade or profession, the bulk of whose activities are regulated by some governmental body, whether provincial or federal, should, in addition, be exposed to prosecution under the Combines Investigation Act."

and p. 1592:

"... your Committee favours a solution whereby the particular regulatory body concerned is responsible for all matters with respect to the industry under its jurisdiction to the exclusion of the Combines Investigation Act."

The Committee noted that the Minister had undertaken to bring forward a proposal as part of the Phase II Amendments.

Section 4.5 as proposed by Bill C-42 would exempt regulated conduct from the reviewable practices and many of the criminal prohibitions in the Act, but in defining "regulated conduct" the section stipulates conditions which are unreasonable and impractical.

The first condition is that "the conduct has been expressly required or authorized by a public agency that is not appointed or elected by the persons ... whose conduct is subject to be regulated by such agency." This requirement is more stringent than was recommended by the Senate Committee, but it is essentially in accord with the Canadian Breweries case.

The second requirement is that the public agency "is expressly empowered ... to regulate the conduct in the manner in which it is being regulated and has expressly directed its attention to the regulation of the conduct." We submit that persons whose conduct is regulated should be entitled to rely on any exercise of authority by a public agency and should not be required to determine whether the agency exceeded its jurisdiction in regulating the conduct "in the manner" in which it did so. The requirement that the public agency must have "expressly directed its attention to the regulation of the conduct" is almost impossible of fulfillment since a public agency's deliberations normally take place in private and it is usually impossible to say what the agency expressly directed its attention to.

The third condition is that application of the Competition Act to the conduct "would seriously interfere with the attainment of the primary regulatory objectives" of the Act empowering the public agency to regulate the conduct. This condition is so nebulous and uncertain that it would be next to impossible for a person or his legal adviser to form an opinion on whether regulated conduct, even if it could be said to meet the first two conditions, would meet the third condition and thereby be exempt from the Act.

We submit that a test should be adopted which is clear enough to enable persons who are affected to form an opinion as to their position with reasonable certainty. We submit that subsection (a) of the definition of regulated conduct should stand alone and that subsections (b) and (c) should be deleted. Failing a simple and straightforward statutory exemption we recommend that the regulated conduct exemption be left to be further developed by the courts.

E. APPEALS AND REVIEW OF BOARD'S DECISIONS

Recommendations

BOARD RECOMMENDATION * INSTEAD OF ORDER

1. A procedure similar to that of the Foreign Investment Review Act ("FIRA") should be adopted for sections dealing with structure:
31.71 (Merger)
31.72 (Monopoly)
31.73 (Joint Monopolization,
and 31.76 (Specialization
Agreements)

REVIEW OF BOARD
DECISION

2. Provision should be made for review of a Board decision by a newly constituted panel in the case of other reviewable practices, with the permission of the minister.

Procedures for Reconsideration of Decisions

Sections 18 and 28 of the Federal Court Act provide recourse to the Federal Court of Canada on grounds which are applicable to federal tribunals generally and which do not extend to the substance or merits of a decision of the Board.

It is evident that the Board is empowered to make orders in respect of reviewable practices which may have grave consequences to the persons against whom the orders are made and which may in addition have a significance which transcends the interests of the immediate parties and affects the structure of Canadian industry and the Canadian economy. Orders under such sections as 31.71 (merger), 31.72 (monopoly), 31.73 (joint monopolization) and section 31.76 (specialization agreements) fall in the second category. We have recommended elsewhere in this submission that a special procedure be provided for matters falling under the joint monopolization section.

Imperial understands the reasons why a full appeal to the courts from an order of the Board may be considered inappropriate. However, we submit that some mechanism for reconsideration of Board orders is required, and the following procedure is proposed:

- (1) In the case of sections 31.71 (merger), 31.72 (monopoly), 31.73 (joint monopolization), and 31.76 (specialization agreements), there is a striking resemblance to some of the factors to be taken into account by the Governor in Council in determining significant benefit to Canada under FIRA. Since these situations will ordinarily affect the public interest as well as the interest of the immediate parties, we recommend that a procedure analogous to that of FIRA be established for those sections. Thus the Board would not be empowered to make orders but would advise and assist the responsible minister, as does the Foreign Investment Review Agency, and the minister in turn would make a recommendation to the Governor in Council who would make the final decision and order.
- (2) In the case of reviewable practices other than merger, monopoly, joint monopolization and specialization agreements, we submit that a person affected by an order of the Board should be entitled to apply to the minister for a review of his case by the Board. A review would normally be conducted on the basis of the record of the initial hearing, but the second panel would have the right in its discretion to permit a party to call new evidence and/or resubmit evidence adduced at the initial hearing. The review would be conducted by a panel consisting of not less than five members of the Board a majority of whom did not hear the original case.

APPENDICE «FTE-39»

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ AU
COMITÉ PERMANENT DE
FINANCES, COMMERCE ET AFFAIRES ÉCONOMIQUES
AU SUJET DU

PROJET DE LOI C-42
LA LOI SUR LA CONCURRENCE

LES FABRICANTS CANADIENS DE PRODUITS ALIMENTAIRES

MAI 1977

MÉMOIRE
AU SUJET DU
PROJET DE LOI
C-42
LA LOI SUR
LA CONCURRENCE

EXPOSÉ PRÉLIMINAIRE

FCPA/GPMC, une association sans but lucratif de 94 compagnies (voir Appendice "A"), se réjouit d'avoir l'occasion de présenter à ce comité ses commentaires sur la teneur du projet de loi C-42. Il convient tout d'abord de faire remarquer qu'étant donné la portée et la complexité de la loi, le temps alloué à son étude fut trop court. En conséquence, notre étude a nécessairement été restreinte aux secteurs de préoccupations les plus évidentes pour nos membres. Ce sont:

- Les dérogations proposées aux recommandations du rapport de 1969 du Conseil économique et à celles du Comité Skeoch, de mars 1976.
- Le pouvoir colossal du défenseur de la politique de concurrence.
- Le pouvoir, la structure et la responsabilité de la Commission de la concurrence.
- L'incertitude constitutionnelle relativement à la juridiction civile de la Commission et l'action civile/de portée générale.

- Les dispositions formelles touchant -
 - (a) les fusionnements
 - (b) les monopoles
 - (c) la monopolisation en participation
 - (d) les écarts de prix
 - (e) les action de portée générale/action de substitution

Nos commentaires formels sont énoncés ci-dessous sous des titres appropriés. Un résumé des conclusions et des recommandations se trouve à la fin du présent mémoire.

DÉROGATION AUX RECOMMANDATIONS ANTÉRIEURES

On a souligné que le ministre chargé de la présentation du projet de loi a désigné les propositions comme étant une tentative de mettre en oeuvre les recommandations du Comité Skeoch. On a également prétendu qu'elles sont en grande partie conformes aux propositions antérieures du Conseil économique. Il appert de notre étude des trois documents en question que tel n'est pas le cas. Les recommandations contenues au projet de loi C-42 outrepassent amplement tout ce qui a été proposé précédemment par le Conseil ou le Comité. Il en est particulièrement ainsi dans le cas des dispositions relatives aux monopoles, aux monopoles en participation, aux écarts de prix et à l'action de portée générale.

Tout simplement, le traitement proposé de ces quatre cas ne fut pas recommandé par ces organismes indépendants chargés de faire enquête sur les nécessités législatives dans ce domaine. De plus, dans les trois premiers cas, la portée de l'intervention et de la réglementation discrétionnaire semble axée à l'encontre des recommandations antérieures. Certaines des dérogations aux deux rapports précédents seront exposées ci-dessous.

LE DÉFENSEUR DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

À notre avis, on accordera à ce poste des pouvoirs extrêmes qui outrepassent ceux qui sont nécessaires à l'accomplissement efficace de ses fonctions. En outre, il y aura un manque notable de responsabilité dans leur exercice. Les pouvoirs de perquisition, de saisie et de contrainte de l'information en sont des exemples.

En vertu de l'article 10(2) ce titulaire est habilité de sa propre initiative à exiger le recouvrement d'information d'une banque de données informatiques. De par l'effet de l'article 45, cette information peut alors servir de preuve documentaire contre la personne qui emmagasine l'information dans des poursuites criminelles subséquentes qui pourraient être intentées contre elle. La nature exceptionnelle du pouvoir ressort lorsque celui-ci est mis en parallèle avec les droits habituels contre l'incrimination de soi-même et les entraves actuelles auxquelles sont assujettis d'autre moyens d'exécution du droit pénal. Dans le dernier cas, l'approbation de la cour est requise avant perquisition et saisie. Rien de moins n'est requis du nouveau défenseur de la concurrence dans l'exercice des pouvoirs prévus aux articles 9 à 12.

En outre, il devrait être précisé que quiconque occupera le poste devra en être comptable à la division exécutive ainsi que judiciaire du gouvernement. La personne nommée devrait relever directement du procureur général (étant donné la fonction de sanction pénale du poste) et être passible de destitution immédiate pour manque à se conformer à un ordre ministériel. Il n'existe simplement aucune justification au Canada à ce genre de pouvoir autonome proposé à l'égard de ce poste.

Il est également nécessaire de restreindre nettement l'usage qui peut être fait de l'information que le défenseur obtient au moyen de ses pouvoirs d'enquête. Ces pouvoirs ne sont normalement accordés que pour fins d'enquêtes criminelles. Il s'ensuit que l'information recueillie dans leur exercice devrait être strictement limitée. Bien que l'usage de cette information puisse être plausible en vue de l'exécution de la loi par l'intermédiaire des cours de justice canadiennes ou de la Commission de la concurrence, il ne l'est certes pas si l'on envisage que le défenseur puisse la disséminer d'une autre manière. À cet égard, nous sommes particulièrement inquiets de l'interaction des articles 27(3) et 47, qui semblent permettre au défenseur de fournir de l'information autrement confidentielle à d'autres pays ou de l'utiliser ou la faire servir dans des poursuites civiles en dommages. Ce droit ne devrait pas exister.

LA COMMISSION DE LA CONCURRENCE

C'est peut-être dans sa manière d'aborder une Commission de concurrence civile que nous estimons le plus fondamentalement déficiente la loi C-42. Elle semble révéler un acquiescement gouvernemental à déroger aux principes fondamentaux du système politique canadien.

On ne saurait disconvenir que la Commission telle qu'elle est proposée sera revêtue d'une responsabilité extrêmement vaste dans l'orientation de la politique économique et des affaires canadiennes. Dans les circonstances, il semble absurde qu'elle et ses membres ne répondent à personne de ses décisions en matière de politiques. En fait, on lui attribue le pouvoir de supplanter les décisions du cabinet à l'égard de fusions qui sont assujettis à la Loi sur la surveillance des investissements étrangers. Nous croyons que, si on lui accordait une vaste publicité, cette proposition serait considérée généralement inacceptable au Canada.

En outre, il semble n'y avoir aucune raison valable d'attribuer un mandat de dix années aux membres de la Commission. Une telle période d'occupation est pratiquement inouïe dans le secteur privé encore qu'elle n'éprouve aucune difficulté à attirer des gens de calibre supérieur. La durée du mandat ne devrait pas être nécessaire pour avoir le même effet à l'égard de cette Commission. La Commission doit, en effet, être un instrument de politique économique sur le marché canadien de sorte qu'il n'existe pas de raisons qui motivent un mandat de type judiciaire. Un mandat de deux ans renouvelable serait mieux en accord avec ce dont on a besoin.

Enfin, le traitement des appels ne semble pas soutenable. L'appel de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale ne vise pas absolument les cas où la Commission en arrive à sa décision se fondant sur une information factuelle erronée. Vraiment, des décisions dont on peut s'attendre qu'elles aient des conséquences vitales sur des particuliers et influent largement sur la politique économique devraient être susceptibles d'être corrigées si elles sont fondées sur des erreurs de faits ... sans avoir à démontrer que de telles erreurs procèdent d'une insouciance perverse ou capricieuse à l'égard des faits.

Chaque citoyen canadien peut, en général, en appeler de décisions mal fondées en fait devant les cours de justice ordinaires lorsque ses droits personnels sont en cause. Il ne peut y avoir de justification d'assujettir des hommes d'affaires et des entreprises canadiennes (qui seront normalement défendeurs devant la Commission) à une procédure moins avantageuse en vue de la correction d'erreurs qui les touchent.

LA CONSTITUTIONNALITÉ

L'incertitude constitutionnelle de la réglementation civile fédérale de la concurrence et la création d'une cause civile d'action pour infraction à la loi sur les coalitions

fut admise par le Conseil économique dans son rapport de 1969. Une attribution fut recommandée en vue de résoudre la question ... une mesure également recommandée par l'Association du Barreau canadien dans son mémoire à ce comité durant l'étude des amendements du stade I. Le Barreau estimait inéquitable de procéder autrement alors que la validité était si évidemment en cause. Nous faisons écho à cette opinion et contestons la justesse de toute décision gouvernementale de nature à contraindre des personnes à encourir la dépense énorme que suppose l'initiative de faire résoudre la question.

Une autre possibilité: qu'une attribution à l'égard de la question de la juridiction de la Commission résiderait dans un amendement restreignant le droit de la Commission d'intervenir dans des cas de nature interprovinciale ou internationale. Cet amendement assurerait la validité constitutionnelle tout en établissant que seuls les cas de conséquence nationale sont susceptibles d'intervention discrétionnaire.

LES FUSIONNEMENTS

Bien qu'il nous semble que ces dispositions témoignent en principe d'une saine manière d'aborder la question, en pratique trop de fusionnements sont susceptibles de surveillance. On peut aisément remédier à cette imperfection en:

- (a) assujettissant la juridiction de la Commission aux limites constitutionnelles proposées ci-dessus, et
- (b) ne permettant d'envisager que les fusionnements à la suite desquels il ne reste pas de concurrence sensible.

Un seuil fondé sur ces propositions permettra l'examen de pratiquement tous les fusionnements importants et sera mieux en accord avec la priorité de permettre la rationalisation en vue d'assurer la compétitivité intérieure et internationale.

Cette manière d'aborder la question se révélerait-elle inacceptable, nous contestons le seuil de 20 pour cent de part du marché utilisé en vue d'exempter les fusionnements horizontaux. Cette part proportionnelle est trop faible pour constituer un seuil efficace et pourrait être envisagé par la Commission comme poste repère d'un amoindrissement sensible de la concurrence. S'il faut avoir recours à un chiffre quelconque, celui de 33 1/3 pour cent est peut-être plus réaliste étant donné que la concurrence restante, du double de la part du marché des parties fusionnées, serait suffisante pour protéger l'intérêt public. S'il est utilisé, ce seuil engloberait également les fusionnements verticaux car il ne semble pas qu'il y ait d'explication logique à ne pas agir ainsi. Il devrait être nettement établi que les fusionnements suscitant une part du marché supérieure au pourcentage ne sont pas automatiquement suspects. Ils ne sont simplement plus exempts de surveillance.

Pour revenir un moment au pouvoir de la Commission, nous réitérons que son manque de responsabilité en matière de décisions sur des questions comme celle des fusionnements est entièrement inappropriée.

LES MONOPOLES

En vertu de ces dispositions, le défenseur de la concurrence est investi du pouvoir de faire enquête et de porter devant la Commission des cas supposant le recours au prétendu pouvoir de "monopole". En fait, la proposition donne à la Commission le pouvoir de régir le comportement concurrentiel non des véritables monopoles, mais de toute firme de vigueur relative dans un marché de produits. Prétendre que ces dispositions sont conçues en vue de contrôler les monopoles équivaut pour le gouvernement à s'engager dans une publicité trompeuse.

S'il est justifié de se plaindre de la description des dispositions, il convient encore beaucoup plus d'exprimer son inquiétude à l'égard de la substance. Les cas dans lesquels la Commission peut agir sont désignés de manière tellement générale qu'ils sont dénués de sens. Que signifie, par exemple, "comportement qui ... aurait probablement pour effet de restreindre l'entrée sur un marché"? Une réponse plausible serait bonne concurrence opinâtre. Une autre serait entrer sur un marché avant un concurrent. L'expression passe-partout "qui restreint l'activité économique de manière autre que ce qui est énoncé (ci-dessus)" constitue simplement une autorisation de faire enquête et de réglementer le comportement de toute firme de quelque importance sur le marché canadien.

Pour s'exprimer modérément, l'entière disposition est injustifiée et ne permet pas aux fonctionnaires d'assurer le public que son usage sera strictement circonscrit. À moins de justification, on ne devrait pas tenter d'avoir recours à ce genre de réglementation de comportement commercial.

S'il y a jamais eu justification, la réponse est nettement 'non'. Le comité du professeur Skeoch aurait révoqué les dispositions pénales relatives aux monopoles et limité l'enquête civile et la réglementation des cas de mésusage de pouvoir de la part de véritables monopoles (personnes ayant le pouvoir de choisir leurs propres taux de profit ou de part du marché, sans égard à ceux qui sont en concurrence avec eux). Il n'aurait pas endossé cette habilitation en blanc à enquêter et réglementer la conduite de grandes entreprises.

Le Conseil économique aurait également supprimé les sanctions pénales. En outre, il a également spécifié qu'aucune disposition civile relative aux monopoles ne s'imposait. En se fondant sur ses recherches, il a conclu qu'on pouvait compter sur les dispositions touchant les fusionnements et les pratiques commerciales (présentées au stade 1) pour contrôler le comportement monopolisateur. On estimait que les cas extrêmes qui pourraient échapper à ce contrôle seraient matière appropriée à traitement parlementaire au moyen d'une loi spéciale.

Autrement dit, les deux seules études indépendantes dans le domaine proposèrent une manière différente d'aborder la question ... qui ne traiterait de façon circonscrite que des véritables monopoles.

MONOPOLES EN PARTICIPATION

Le présent projet de loi permet la réglementation de la conduite et de la structure de situations appelées monopoles en participation. Ceux-ci n'existent, dit-on, que lorsque relativement peu d'entreprises détiennent une bonne part d'un marché particulier et qu'elles se conduisent de manière étroitement parallèle. Rien n'exige que ce comportement procède d'une entente, ni ne requiert aucune autre illégalité de conduite antérieure au droit d'intervenir. En fait, il est établi qu'il se peut qu'elle se produise comme conséquence naturelle du marché. Lorsqu'une telle situation se manifeste, la Commission a le pouvoir d'agir si elle décèle une certaine conduite "abusive".

La possibilité de cette intervention peut peut-être s'expliquer si l'on fait ressortir que:

- s'il s'agit de produits "genre marchandises d'usage journalier", il y va de la survie de grandes compagnies qu'elles poursuivent des politiques étroitement parallèles;
- il est caractéristique de l'économie canadienne que ces marchés se composent généralement de relativement peu de participants; et
- pratiquement aucun des éléments qui permettent à la Commission d'intervenir (c.-à-d. comportement de nature à restreindre, éliminer un concurrent, restreindre l'activité économique) puisse être également compatible avec une vive concurrence qu'avec une conduite anti-concurrentielle préméditée destinée à voir le même effet.

Il importe de préciser à ce comité qu'en vertu de ces dispositions, un très fort pourcentage de producteurs canadiens d'épiceries verront la plupart de leurs pratiques commerciales assujetties à surveillance et réglementation possibles ... simplement du fait que ces pratiques sont étroitement parallèles et que l'industrie est concentrée. Des exemples de ces pratiques étroitement parallèles en sont: vente selon des rabais pour volume, concessions promotionnelles, commerce avec grossistes en épicerie établis, concurrence active en matière d'espace d'emmagasiner et d'achalandage, recours à la publicité nationale et ainsi de suite.

Cette énumération vise à établir la portée des pouvoirs de réglementation proposés. De nouveau, comme dans le cas des dispositions relatives aux monopoles, les pouvoirs devraient être supprimés à moins que leur nécessité ne soit clairement établie. Rien n'a été avancé qui milite en faveur de ce point. Toutefois, l'activité anti-concurrentielle collective de nature collusoire est déjà effectivement contrôlée par les dispositions touchant la collusion.

À notre avis, les dispositions relatives à la monopolisation en participation constituent une tentative entièrement injustifiée de réglementer l'activité commerciale normale et une mesure qui devrait être écartée de toute pièce.

LES ÉCARTS DE PRIX -- LES DISTINCTIONS DE PRIX

La loi actuelle défend le maintien des prix de revente et exige également que les prix soient uniformes en matière de vente de qualités et quantités égales.

Il y a un nombre d'observations importantes à faire en ce qui a trait au projet de loi C-42 lequel, en plus du maintien et du développement de la disposition pénale en matière de distinctions de prix, introduirait désormais un nouveau concept de l'écart des prix et établirait la surveillance des politiques de fixation des prix relatifs aux quantités différentes et probablement aux qualités des produits. Le dessein des rédacteurs du projet est de venir en aide à la petite entreprise, à laquelle on doit permettre, si elle est efficace, de concurrencer avec ses grands concurrents.

Bien qu'il puisse sembler séduisant de tenter de rehausser le processus de la concurrence par le biais de l'introduction d'un droit d'interdiction ou de modification de tout écart de prix, il importe de signaler qu'une telle tenta-

tive s'oppose à l'expérience d'autres pays et surtout des États-Unis, où une longue expérience de mesures semblables de "justification du prix de revient" n'a pas entraîné la réalisation des objectifs recherchés en vertu de la Loi Robinson Patman.

Messieurs Skeoch, McDonald et leurs collègues ont fait une étude approfondie de cette question et sont parvenus à la conclusion que l'unique critère en matière de fixation des prix qu'on devrait appliquer et faire respecter est constitué par la vente en-dessous des niveaux moyens de prix de revient sur une longue période.

La fabrication et la distribution de produits alimentaires et non-alimentaires a suivi à peu près la même évolution au Canada qu'aux États-Unis, à une très importante différence près. Le Canada présente un marché beaucoup moins important et très éparpillé du point de vue géographique. La situation actuelle, c'est qu'il existe un très grand nombre de fournisseurs d'une large gamme de produits alimentaires tandis qu'il n'existe qu'un petit nombre de grands détaillants. Le pouvoir d'achat d'un grand détaillant de produits d'épicerie constitue un facteur significatif pour l'élaboration des politiques de commercialisation des vendeurs. En concentrant l'attention sur la seule question du prix de vente, l'on ignore le fait que tout un éventail de services et de concessions promotionnelles forment également partie du mélange économique.

L'on trouverait au sein de notre Association des exemples représentant la grande diversité de relations possibles entre acheteurs et vendeurs. A titre d'exemple, certaines compagnies dotées de gammes de produits bien marquées ont le principe d'établir un prix fondé sur la charge d'un camion ou d'un wagon et elles offrent ce prix à tout acquéreur, grand ou petit. Elles savent d'après leur expérience qu'il s'agit là de la méthode d'établissement de prix la plus efficace pour

leurs besoins. Le volume de produits vendu en vertu de ce régime assure que le consommateur en recevra les bienfaits éventuels.

Selon leur gamme de produits ou l'importance de leurs affaires, d'autres compagnies pourront mettre au point des systèmes plus compliqués d'établissement des prix ou de commercialisation, systèmes comportant des rabais sur certains volumes, des primes de promotion et d'autres régimes d'intéressement destinés à rehausser la demande de leurs produits. C'est la pratique à peu près universelle des grande détaillants qui assurent la revente de tels produits d'exiger que les vendeurs offrent des concessions coopératives en vue de contribuer leur apport à la tâche d'intéresser les consommateurs au niveau du magasin ou de la série de magasins.

Nous savons qu'il est difficile de rédiger une loi qui puisse englober toutes ces circonstances. Il est vrai, également, que l'expérience de notre industrie, tout en se distinguant à certains égards, est assez semblable en matière de son évolution à celle des autres industries de production en série et de distribution. La façon dont le processus a évolué découle évidemment du fait qu'il s'agissait là de la voie la plus efficace à suivre au sein de notre société constituée par des marchés de masses. Manifestement, les consommateurs en ont reçu les bienfaits, bien qu'il soit vrai aussi que le progrès n'a pas été accompli sans accidents en route.

Il ne fait aucun doute que plusieurs d'entre nos sociétés-membres, et même la majorité, favoriseraient la limitation du pouvoir d'achat des acquéreurs. Dans un nouveau projet de loi sur la concurrence, il fait assez faux d'accorder une telle importance aux responsabilités du vendeur. Nous croyons qu'on devrait souligner plus fortement le fait qu'il

incombe aux grands détaillants de démontrer l'efficacité du régime de primes de commercialisation. Toutefois, nous recommandons les périls économiques que pourrait entraîner une telle mesure consacrée par la loi.

Il nous est impossible d'accorder notre adhésion aux dispositions relatives à l'écart des prix telles que rédigées et nous espérons que les membres du Parlement tiendront compte de tous les aspects de cette question avant de mettre en vigueur une solution aussi simpliste que la présente.

D'autre part, au cas où le projet de loi serait approuvé et un tel pouvoir accordé à la nouvelle Commission, nous recommandons avec instance que les deux parties à la transaction, soit l'acheteur aussi bien que le vendeur, soient reçues et qu'on tienne compte de façon complète de toutes les conditions, c'est à dire du prix et des concessions, y compris celles faisant partie du prix d'achat à la demande de l'acheteur.

Nous désirons réitérer notre souci devant le fait que l'expérience des États-Unis a entraîné certaines intransigences non voulues, et que les intérêts de la petite entreprise ne pourront être favorisés par un régime de lois créant des inefficacités sur la place du marché en ce qui a trait soit à l'importance de la production, soit à la qualité de la marchandise.

LES ACTIONS DE PORTÉE GÉNÉRALE

Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous partageons l'avis de l'Association du Barreau canadien qu'il est nettement déraisonnable que le gouvernement fédéral s'avance dans cette voie sans avoir obtenu au préalable les vues de la Cour Suprême du Canada sur la validité constitutionnelle. On peut imaginer les dépenses qu'auront à supporter les parties à cette première action de portée générale pour débattre cette question. Nul doute que tous les procureurs généraux provinciaux interviendront tout comme le fera leur pendant fédéral, encore que cette loi prohibera l'adjudication de frais taxés aux parties.

Si l'on a recours à la présomption de validité, toutefois, il semble que la proposition représente une avance sur celles qui furent préconisées dans l'étude Williams commandée par le ministère. Ces dernières étaient extrêmes et leur auteur semblait disposé à abandonner les concepts d'égalité devant la loi en faisant osciller la balance fortement en faveur des demandeurs-consommateurs.

En dépit de la démarche du projet de loi C-42 vers un meilleur équilibre entre les parties, les propositions ne sont pas encore impartiales. D'abord, les dispositions relatives à la "dérogation facultative" (art.39.12(5)) en tiendront la portée artificiellement ample, ce qui fera envisager au défendeur la possibilité d'une énorme responsabilité dans le cas d'allégation d'écart de conduite. Cette disposition, de pair avec discrétion de la cour d'ordonner au défendeur de donner avis, semble en quelque sorte erronée. Il pourrait s'ensuivre qu'un défendeur soit requis d'aviser un certain nombre de gens qu'ils le poursuivent. Il s'agit d'une règle tout à fait inconnue de cette juridiction.

Les dispositions touchant les frais constituent également matière à préoccupation. Des rapports récents indiquent une désapprobation, du moins par les cours ontariennes, d'une règle de dispense des frais. Les frais ont toujours été reconnus universellement comme moyen de freiner les prétentions sans fondement ou futiles. Sans ce risque en matière de frais, l'administration de la justice, déjà surchargée, serait probablement entravée davantage. Il semblerait sage, dans les circonstances, que ce comité recherche l'avis de ceux qui ont charge du fonctionnement du système judiciaire dans les grandes provinces.

Les propositions en matière de frais ont le démérite d'une autre faiblesse. Elles prévoient l'application des règles habituelles de l'adjudication des frais dans des actions contre un défendeur déjà trouvé coupable d'une infraction à la loi sur les coalitions qui ressort des faits de la poursuite en cause. De prime abord, on peut se demander pourquoi ne pas mettre en cause une personne déjà condamnée ... étant donné que cette personne s'est déjà révélée coupable. Ceci porte à faux relativement à l'impartialité, toutefois. Cette règle ne sert qu'à mettre le défendeur en péril lorsqu'il appert que le demandeur ne peut perdre. Il peut y avoir plusieurs cas où le défendeur sait que le demandeur ne peut gagner, cependant le défendeur, même s'il réussit, doit supporter les frais. À tout prendre, il semble que la balance devrait pencher vers la règle normale des frais. Si cette proposition est rejetée, la règle actuelle devrait être modifiée de manière à remédier au déséquilibre mentionné ci-dessus.

Un autre sujet d'inquiétude se rattache à la preuve de dommages dans les actions où il en est réclamé. Cette question est traitée aux articles 39.13 (2) et 39.21; à l'examen des deux articles, il semblerait que l'on accorde à la cour le pouvoir de déterminer un droit d'indemnisation de membre individuel de groupe de manière vague sans exiger preuve

de dommages dans des circonstances où le défendeur se voit refuser le droit normal à la divulgation de cette réclamation de membre de groupe. Cette manière de voir se confirme par le texte de l'art. 39.21 qui restreint les droits de divulgation à des cas où le juge de première instance n'a pas déjà déterminé les dommages des membres de groupe.

Il se peut que cette singularité procède d'une piètre rédaction ... ce qui est une supposition de notre cru. Si tel est le cas, elle peut être corrigée. Si, d'autre part, le résultat en est intentionnel, la proposition est pour le moins outrageuse. Il serait simplement inouï de permettre que des demandeurs (de groupes ou autres) obtiennent des jugements qui leur adjugent des sommes d'argent sans exiger que perte soit prouvée et sans accorder aux parties des droits coutumiers et nécessaires comme des interrogatoires en vue de divulgation.

En guise de résumé à l'égard de cette question, une procédure d'action de portée générale constitutionnellement valide et impartiale en vue de disposer de prétentions de coalitions multipartites semblerait généralement acceptable à ce stade ... en présumant que nos cours de justice puissent manier les causes. Il est tout aussi manifeste, toutefois, que toute tentative de plombage inéquitable des plateaux en vue de favoriser des demandeurs pour leur permettre d'atteindre d'autres buts serait considérée draconienne et largement contestée.

ACTION DE SUBSTITUTION

Si l'on peut louer une procédure de portée équitable, rien ne milite en faveur de l'action de substitution proposée pour le défenseur de la concurrence. En premier lieu, il s'agit d'une poursuite civile qui fait fi des principes admis

comme doctrine de droit en conférant des droits d'indemnisation à ceux (dans le présent cas, l'État) qui n'ont subi aucune perte. En second lieu, elle favorise abusivement la poursuite de la part de l'État sur le concept que la victoire du défenseur de la concurrence préviendra l'infraction au droit pénal et les gains mal acquis de malfaiteurs.

Les lacunes sont évidentes:

- (1) L'infraction criminelle est censément prouvée, mais de manière convenable au moyen d'un fardeau moindre que n'exigent les cours de droit pénal.
- (2) Les dommages ou la perte subis par la partie que représente le défenseur de la concurrence n'ont pas besoin d'être prouvés.

Dans ces circonstances, l'action atteindra nettement la visée de prévention mais grandement de même manière que toute mesure arbitraire.

Il est notoire au Canada que l'on a toujours fait valoir nos lois pénales dans nos cours de justice criminelle selon le fardeau de la preuve criminelle habituelle. Jusqu'ici, nous nous sommes également félicités de ce que nos cours puissent adapter la punition au crime. Notre Association est d'avis qu'il ne peut exister de motif valable d'abandonner maintenant ces principes. L'action de substitution devrait être entièrement supprimée.

RECOMMANDATIONS

Les raisons des recommandations énumérées ci-dessous ont été énoncées dans le corps du présent mémoire. Plusieurs aspects de la loi ont été laissés de côté en raison des échéances

que nous imposa l'horaire du gouvernement et de ce comité. Si le temps le permet, il nous ferait plaisir d'avoir l'occasion de présenter un exposé supplémentaire. Voici nos recommandations:

1. Statuer sur la validité constitutionnelle de la réglementation fédérale de la concurrence et de l'action civile/de portée générale.
2. Tempérer le pouvoir de la Commission de concurrence en prévoyant:
 - (a) appels intégraux
 - (b) prépondérance du cabinet
 - (c) suppression du mandat de longue durée
3. Restreindre le pouvoir autonome du défenseur de la compétition en:
 - (a) rendant la fonction comptable envers le procureur général;
 - (b) prévoyant approbation judiciaire pour l'exercice de ses pouvoirs d'enquête;
 - (c) assurant le caractère confidentiel de l'information obtenue; et
 - (d) supprimant le pouvoir d'instituer des actions de substitution.
4. Prévoir un seuil plus élevé pour les cas de fusionnements en ne permettant que l'enquête de ceux à la suite desquels il ne reste pas de concurrence sensible. Eventuellement, prévoir un seuil de part du marché de 33 1/3 pour cent pour fusionnements tant horizontaux que verticaux.
5. Renoncer aux dispositions relatives aux monopoles, aux monopoles en participation, aux écarts de prix et à l'action de substitution.

6. Modifier la règle de l'action de portée générale en:

- (a) renonçant à la disposition relative à l'avis de "dérogation facultative";
- (b) redressant le déséquilibre des dispositions touchant les frais;
- (c) exigeant preuve de dommages avant jugement; et
- (d) permettant la divulgation des membres individuels de groupes par le défendeur dans tous les cas.

APPENDIX "A"

GROCERY PRODUCTS MANUFACTURERS OF CANADA

FABRICANTS CANADIENS DE PRODUITS ALIMENTAIRES

LIST OF MEMBER COMPANIESLISTE DES SOCIÉTÉS MEMBRES

American Can of Canada Limited
Associated Biscuits of Canada Limited
The Borden Company, Limited
Bovril (Canada) Limited
Boyle-Midway (Canada) Limited
Bristol-Myers Products Canada
Brooke Bond Foods Limited
Burns Foods Limited
Cadbury Schweppes Powell Limited
Campbell Soup Company Ltd
Canada Bread Division of Corporate Foods Limited
Canada Packers Limited
The Canada Starch Company Limited
Canadian Cannery Limited
The Canadian Fishing Company Limited
Canadian Home Products Limited
The Canadian Salt Company Limited
Carnation Company Limited
Catelli Ltd.
Chesebrough-Pond's (Canada) Ltd.
Christie, Brown and Company Limited
Church & Dwight Limited
The Clorox Company of Canada, Ltd.
Club House Foods Limited
Coca-Cola Ltd.
Colgate-Palmolive Limited
The Continental Group of Canada Ltd.
Crown Zellerbach Canada Limited
Crush International Limited
Culinar Inc.
Dainty Foods Limited
Delta Food Processors Ltd.
Dominion Dairies Limited
Domtar Chemicals Ltd., Sifto Salt Division
Dow Chemical of Canada, Limited
E.B. Eddy Forest Products Ltd.
Eddy Match Company, Limited
Facelle Company Limited
General Bakeries Limited
General Foods, Limited
General Mills Canada, Ltd.
Gerber Products of Canada Ltd.

Hardee Farms International Ltd.
H.J. Heinz Company of Canada Ltd.
Kellogg Salada Canada Ltd
Kimberly-Clark of Canada Limited
Kitchens of Sara Lee (Canada) Ltd.
Kiwi Polish Company (Canada) Limited
Kraft Foods Limited
Lawry's Foods of Canada Ltd.
Lever Brothers Limited
Thomas J. Lipton Limited
Macdonald Tobacco Inc.
Maple Leaf Mills Limited
McCain Foods Limited
McNair Products Co. Limited
Mead Johnson Canada
Miles Laboratories, Ltd.
Morrison Lamothe Foods Limited
Mother Parker's Foods Limited
Nabob Foods Limited
National Sea Products Limited
William Neilson Limited
Nestlé (Canada) Ltd.
Norwich Pharmacal Company, Ltd.
Omstead Foods Limited
Ovaltine Food Products
Pepsi-Cola Canada Ltd.
Perkins Papers Ltd.
Pillsbury Canada Limited
The Procter & Gamble Company of Canada, Limited
Purex Corporation, Ltd.
The Quaker Oats Company of Canada Limited
Ralston Purina of Canada Limited, Consumer Products Division
Reckitt & Colman (Canada) Limited
Redpath Sugars Limited
Robin Hood Multifoods Limited
Rowntree Mackintosh Canada Ltd.
St. Lawrence Starch Company Limited
W.H. Schwartz & Sons Ltd.
Scott Paper Limited
Seven-Up Canada Limited
Standard Brands Canada Limited
Sterling Drug Ltd.
Sucronel Limited
Wm. Underwood Co. (Canada) Ltd.
Unico Foods Limited
Union Carbide Canada Limited
Warner-Lambert Canada Limited
Weetabix of Canada Limited
Weston Bakeries Limited
J.W. Windsor Co. Ltd.
G.H. Wood & Company Limited
Wm. Wrigley Jr. Company Limited

APPENDICE «FTE-40»

OTTAWA, le 14 juin 1977

LA CORRESPONDANCE ÉCHANGÉE AVEC M. LAWRENCE SKEOCH

En réponse à une demande de M. G. G. E. Steele, Président de l'association des Fabricants canadiens de produits alimentaires, M. Skeoch, coauteur du Rapport sur la politique de concurrence, offrait les commentaires qui suivent sur deux aspects importants du Bill C-42. Il a permis que cette correspondance fasse partie des dossiers du comité parlementaire, si ce dernier est d'accord.

1. *Prix de vente discriminatoire et propositions du bill C-42*: Le prix de vente est bel et bien discriminatoire, lorsque des différenciations en matière de prix ne correspondent pas tout à fait à des différenciations en matière de coût réel. Les différenciations en matière de coût, en langage économique, ne signifient pas «une justification de coût» dans le sens des dossiers de comptabilité du prix de revient. Ils se rapportent à cette partie des dossiers de comptabilité du prix de revient qui assumerait l'obligation du fardeau de la preuve et, d'autre part, il serait trop onéreux de recueillir les données à cette fin. En conséquence, la mesure législative proposée (C-42) appellerait une discrimination de l'acheteur qui offre le prix le plus bas.

Les différenciations de coût sont, de par leur nature, incertaines et imprécises et sont déterminées par le processus du marché. L'épreuve proposée dans la mesure législative au paragraphe 31.77(2) à savoir que les différenciations du prix se produisent «par suite d'une évaluation raisonnable du coût réel ou prévisible . . . ». Nulle part on ne mentionne si l'on se servira du coût de production et de distribution marginaux ou moyens, à court ou à moyen terme. En outre, se servir du «coût réel» c'est procéder à une épreuve rétrospective.

Pour favoriser le changement dynamique dans ses diverses dimensions, il est essentiel que les maisons d'affaires soient libres de faire l'expérience des différenciations de prix afin d'apporter et de promouvoir des changements sur les marchés pour leurs marchandises et leurs services, d'explorer l'élasticité de la demande dans certains secteurs du marché etc. Le coût prohibitif de la collecte des données concernant la comptabilité du prix de revient, qui respecteraient l'obligation du fardeau de la preuve requis pour l'épreuve brute du «coût réel ou prévisible», signifiera sans aucun doute qu'il y aura, une discrimination à l'égard des acheteurs offrant le prix le plus bas et une forte tendance en faveur de prix uniformes à tous les acheteurs.

Le gouvernement a également exigé que la Commission détermine si la pratique relative à l'utilisation d'écarts de prix «a entravé, ou est susceptible d'entraver sensiblement le développement d'une firme efficace, ou qui serait un concurrent sérieux sur un marché, sans cette pratique». Au lieu de s'en remettre au marché pour déterminer qui est efficace et qui ne l'est pas, nous nous en remettons maintenant à la Commission et lui demandons de se servir de la technique de la «boîte noire» pour déterminer qui est efficace et qui est inefficace. La Commission, au lieu de s'en remettre au processus du marché pour déterminer qui répond le mieux aux besoins du public, doit interposer son jugement dans un domaine complexe et imprévisible.

En pratique, cette mesure législative aura l'effet de renforcer la discrimination contre l'acheteur offrant le prix le plus bas ou la méthode de distribution la moins coûteuse. Il s'agit d'une réalisation solide, sinon non officielle, du lobby des petites entreprises.

Une conséquence à plus long terme de l'encouragement de l'uniformité des prix pour tous les acheteurs—c'est-à-dire favoriser la discrimination contre l'acheteur offrant le prix le plus bas ou la méthode de distribution la moins coûteuse—et il s'agit de l'objectif principal et de l'effet des propositions des gouvernements, sera d'amener les distributeurs importants de gros et de détail à éviter le traitement discriminatoire en créant ou reprenant les sources d'approvisionnement pour les produits ou services qu'ils obtiendraient autrement, par l'intermédiaire du système du marché concurrentiel. Cela éliminera les plaintes des autorités en matière de coalitions au sujet d'une autre concentration dans l'industrie et portera les gens à demander une activité anti-fusion plus importante, afin d'encourager l'uniformité dans les pratiques de fixation des prix. On pourrait croire qu'il s'agit d'un boniment ou d'un effet comique ou tout ce que vous voulez. Il ne s'agit pas de prises de décision intelligentes.

2. *Monopoles conjoints (article 31.73):* Les articles se rapportant tant au monopole qu'au monopole conjoint, comportent une erreur fondamentale. Ils adoptent une vue simpliste de la concurrence ainsi qu'une approche «de syntonisation pure» à la formulation de mesures qui reposent sur la technique de «commande et de contrôle» plutôt que sur des conditions changeantes, afin de renforcer les processus du changement dynamique.

Le danger fondamental est qu'on risque ainsi d'obliger les membres d'un petit groupe à se comporter comme s'ils avaient l'esprit assez borné pour oublier qu'ils sont en réalité membres d'un petit groupe, qui est lui-même le résultat de forces technologiques et/ou organisationnelles, lesquelles sont l'essence d'une économie dynamique et efficace. L'insistance sur des politiques assez parallèles ou une conduite assez appareillée dans le Livre bleu révèle l'origine livresque de l'approche.

Le fait que les prix doivent forcément devenir identiques pour des produits presque semblables ou dans un marché donné, est évident. Il ne s'agit naturellement pas d'une justification nécessaire des prix identiques en général. Les questions sont: comment en est-on arrivé à déterminer le niveau du prix identique et, s'agit-il réellement d'un prix identique, dans la situation commerciale quotidienne?

Il est tout à fait évident que les prix des transactions sont très différents des prix fixés. Par exemple, sur une longue période, alors que les prix fixés dans l'industrie de l'acier aux États-Unis sont demeurés stables, les prix des transactions ont fluctué sur une assez grande échelle. Il s'agissait en apparence d'une conduite assez parallèle; en réalité c'était une concurrence efficace en matière de prix.

Lorsqu'on étudia le point où sont apparemment fixés les prix identiques, il faut remarquer que, lorsque ces prix sont fixés par collusion, il n'y a naturellement aucune discussion entre les parties. Nous voulons parler de prix qui ont été déterminés avec le consentement d'un petit groupe, qui est le produit ou le coût véritable que l'on retire en raison de l'importance du groupe. Tant qu'il n'y a pas d'entente mutuelle visant à restreindre l'investissement, à limiter les changements technologiques ou d'autres dimensions du changement dynamique, le parallélisme des prix n'est alors qu'une simple réponse intelligente au fait du petit nombre.

Si, d'autre part, l'entente mutuelle prolonge les éléments dynamiques qu'on vient tout juste de mentionner, la réponse appropriée serait de faciliter l'entrée aux rivaux ou aux rivaux possibles efficaces des points de vue technologique ou organisationnel et non pas de se concentrer sur des efforts futiles pour obliger les oligopolistes à se comporter comme s'ils ne fonctionnaient pas en petits groupes.

APPENDICE «FTE-41»

MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU COMITÉ PERMANENT DES FINANCES, DU COMMERCE
ET DES QUESTIONS ÉCONOMIQUES, DE LA CHAMBRE DES COMMUNES SUR LE BILL
C-42, LOI SUR LA

CONCURRENCE

Mai 1977

par

W.T. Stanbury
Professeur adjoint
Faculty of Commerce and
Business Administration
Université de la Colombie-Britannique

G.B. Reschenthaler
Professeur associé
Faculty of Business Administration and Commerce
Université de l'Alberta

1. Introduction
11. Accords de spécialisation, accords à l'exportation,
cumuls de fonction et secteurs réglementés
111. Action collective et action indirecte
- 1V. Monopole conjoint
- V. Fusions
- VI. Autres sujets

1. INTRODUCTION

Le bill C-42 comporte une série de modifications souhaitables à la loi canadienne sur la concurrence, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Pour la plupart, la portée de ce projet de loi sera indiscutablement trop vaste. Pour nous, des dispositions de ce projet de loi ne sont pas suffisantes. Concernant certains secteurs importants de la politique sur la concurrence.

Nous favorisons une politique de concurrence réelle, et pour y parvenir, nous estimons qu'il faut s'éloigner du contexte étroit du droit pénal et combattre toute une série de pratiques commerciales qui entravent la concurrence. A notre avis, une politique de concurrence traduit l'intérêt public qui consiste à maintenir et à poursuivre une politique de concurrence réelle permettant la répartition des ressources rares de la nation. Il faut interdire la pratique civile et criminelle d'une série de restrictions commerciales qui ont pour effet d'entraver la concurrence. Les particuliers et les entreprises qui sont accusés d'avoir adopté des pratiques commerciales illégales doivent être traduits devant les tribunaux ou devant un tribunal administratif indépendant.

L'établissement et le maintien d'une politique de concurrence au Canada reflète le fait, qui peut être étayé par des recherches minutieuses, que, "la concurrence est tenue pour un moyen plus efficace, plus économique et administrativement plus souple d'assurer la bonne affectation des ressources dans la majeure partie de l'économie, que toute autre formule, comme la régie ou la nationalisation massive des entreprises, la réglementation gouvernementale détaillée ou encore l'auto-réglementation des grandes unités industrielles en régime corporatif". 1

La concurrence n'est généralement pas une fin en soi mais un moyen d'atteindre toute une série d'objectifs sociaux. Il faut tout d'abord répartir de la manière la plus rentable les ressources rares de la société à des fins concurrentielles. En second lieu, la concurrence réelle permet un contrôle impersonnel et général qui facilite une liberté économique accrue aux producteurs et aux consomma-

ceurs. Le système de réglementation gouvernementale, tel qu'il s'applique actuellement dans divers offices de commercialisation agricoles, constitue une alternative à une politique de concurrence vigoureuse, mais n'est pas très efficace tant sur le plan théorique que pratique. M. Robert Bertrand, directeur des enquêtes et recherches dans le cadre de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions souligne que pour cette raison, les commerçants devraient favoriser une politique de concurrence réelle.

Une législation sur la politique de concurrence n'est pas seulement l'antithèse du système de réglementation gouvernementale mais, si elle est bonne, elle est le meilleur moyen de préserver les entreprises d'une intervention directe accrue du gouvernement. 2

Nous favorisons cette politique pour la même raison et pour d'autres raisons d'ordre pratique. En évaluant l'utilité de la concurrence, il conviendrait de se rappeler qu'elle doit être "évaluée d'après les avantages réels qu'elle procure au consommateur final". 3

En écoutant les "débats" entachés de partialité sur la politique de concurrence au Canada, il est facile d'être dérouté par l'importance relative des intérêts des entrepreneurs et des consommateurs. D'après les entrepreneurs, la santé des entreprises doit constituer l'objectif final de toute politique économique. Une modification qui ne vise pas à accroître les bénéfices, qui s'attaque à une situation privilégiée réduction des barrières douanières par exemple ou qui pousse les entrepreneurs à modifier leur prix est considérée comme constituant une attaque aux fondements même de notre existence nationale. Les entrepreneurs ne savent pas très bien quels intérêts privilégiés au sein du système économique. Ils ne se préoccupent guère d'assurer le bien-être des consommateurs. Le concept de la souveraineté du consommateur n'est pas nouveau. Il y a deux siècles, Adam Smith faisait la déclaration suivante:

La consommation est le but et l'objectif final de toute production. L'intérêt du producteur devrait être respecté que dans la mesure où il encourage celui du consommateur. La maxime est tellement évidente en soi qu'il serait absurde de tenter de la prouver. 4

Mais Smith était un véritable économiste politique car il faisait observer de manière très perspicace que "dans le système mercantile, l'intérêt du producteur s'exerce de manière quasi-permanente au détriment de celui du consommateur. La production, et non la consommation, semble être l'objectif final de toute activité industrielle et commerciale..." 5

Le professeur Milton Moore indique en ces termes la raison pour laquelle les intérêts du consommateur devraient être privilégiés:

Les intérêts du citoyen-consommateur devraient l'emporter sur ceux du citoyen-producteur car, dans ce cas, beaucoup en profiteraient même si ceux qui en retireraient le plus d'avantages devraient en donner aux autres. Nous devons privilégier les intérêts du consommateur car cette priorité est une condition nécessaire à la rentabilité de l'économie et à l'accroissement du revenu réel par tête d'habitant. 6

Lorsqu'ils évaluent une restriction commerciale particulière, les décideurs devraient se poser la question suivante: la pratique commerciale incriminée apporte-t-elle des bénéfices nets à l'ensemble des consommateurs? Si la réponse est négative, cette pratique devrait être supprimée sans tenir compte des bénéfices qu'en tire un groupe d'entreprises commerciales.

Nature du mémoire

Au cours de l'année précédente, un certain nombre d'études détaillées portant sur divers aspects de la politique canadienne de concurrence et de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions⁷ ont été réalisées. Certaines de ces études n'ayant pas encore été publiées, nous aimerions les porter à l'attention du Comité par le biais de ce mémoire, en espérant qu'il lui sera utile.

Il n'a pas été possible, faute de temps, de reformuler la plupart de nos recherches pour qu'elles cachent avec la présentation habituelle d'un mémoire destiné au Comité. Nous avons, au contraire, exposé de façon concise nos préoccupations envers le bill C-42, et particulièrement les parties III, IV et V, et nous y avons joint un document plus détaillé sur notre position.

Si le Comité le juge utile, nous accueillerons avec plaisir la possibilité d'apporter nos témoignages sur le projet de loi.

La mise en garde habituelle s'applique ici. Nous ne parlons qu'en notre nom. Toute personne autre que les auteurs ne devrait être tenue responsable des propos qui figurent dans ce mémoire.

Partie I: Renvois

1. Conseil économique du Canada, Rapport provisoire sur la politique de concurrence Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p.8.
2. Robert J. Bertrand, "The Combines Investigation Act: What Does Competition Mean?" Canadian Business Review, Vol. 4, no 1, 1977, p. 45.
3. Rapport provisoire sur la politique de concurrence, p. 11.
4. Adam Smith, The Wealth of Nations, 1776, Livre IV, Chapitre III.
5. Ibid
6. Milton Moore, How Much Price Competition? Montreal, McGill-Queen's Press, 1970, p. 131.
7. Cf:
 - W.T. Stanbury, en collaboration avec C. St. Clair and K. Olcen, "Anti-Combines Law and Policy in Canada, 1888-1975: A Bibliography" Canadian Business Law Journal, Vol. 1, No. 3, Août 1976, pp. 352-374.
 - W.T. Stanbury, "Penalties and Remedies Under the Combines Investigation Act, 1889-1976", Osgoode Hall Law Journal, Vol, 14, No 3, 1976, pp. 571-631.
 - W.T. Stanbury "Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No 1, 1977, pp. 1-50.
 - W.T. Stanbury and G.B. Reschenthaler, "Oligopoly and Conscious Parallelism: Theory, Policy and the Canadian Cases", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15, No 3, 1977 (à paraître)
 - G.B. Reschenthaler and W.T. Stanbury "Benign Monopoly: Canadian merger Policy Policy and the K.C. Irving Case", Canadian Business Law Journal, 1977, (à paraître)
 - W.T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977.
 - Paul K. Gorecki and W.T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement", document présenté à la National Conference on Competition Policy, parrainée par l'Université de Toronto, Toronto, 12 et 13 mai 1977.
 - W.T. Stanbury en coll. "A Consumer's Guide to Competition Policy", article spécial dans Canadian Consumer, Vol. 7, juillet - août 1977. (à paraître).

II. ACCORDS DE SPÉCIALISATION, ACCORDS A L'EXPORTATION, CUMUL DE FONCTIONS ET SECTEURS RÉGLEMENTÉS.

Accords de spécialisation: article 31.76

Les accords qui permettent aux entreprises d'accroître leur rentabilité en se spécialisant dans la production de certains articles, puis en les fournissant aux autres parties seront autorisés.

L'objectif de ces accords de spécialisation est d'aider l'industrie canadienne à surmonter des problèmes de taille et de spécialisation, lesquels expliquent en partie que la production industrielle canadienne soit inférieure par heure-homme de 25% à celle des États-Unis ¹ et que le Canada ne détienne qu'une part relativement faible des exportations des produits manufacturés.²

La nouvelle Commission de la concurrence doit autoriser et consigner ces accords. Elle peut conditionner son autorisation à une réduction des barrières commerciales ou à un autre acte irrévocable. Cette mesure permettra vraisemblablement au consommateur d'en tirer des avantages; toutefois, il n'est pas nécessaire qu'une partie importante des bénéfices aille au consommateur.

Dans de nombreuses branches d'activité, les coûts de production baissent en fonction de l'importance de l'entreprise. Dans la plupart des industries, il existe un seuil optimal ou une série de seuils qui réduisent le plus possible les coûts de la production. Dans certaines branches d'activité, telles que l'automobile, l'échelle est très large; dans d'autres comme l'ameublement, le seuil le plus rentable est relativement étroit.

Malheureusement, tout en procurant de nombreux bénéfices au consommateur, les accords de spécialisation permettent des abus. Nous connaissons tous le cas de l'industrie textile dont le plan de rationalisation à grande échelle a reçu l'aval du gouvernement, malheureusement les consommateurs en ont tiré peu d'avantages. Le manque de concurrence dans cette industrie a amené le gouvernement à introduire des contingents qui ont contribué à augmenter

sensiblement les prix des vêtements moins chers. 4

L'industrie canadienne des appareils ménagers traduit également bien ce défaut. Au début de 1976, des rapports émanant du gouvernement fédéral indiquaient qu'un accord de rationalisation associant Electrohome, Westinghouse, General Electric et les sociétés G.S.W. étaient à l'étude. D'après ce projet, Electrohome aurait fabriqué les téléviseurs pour les quatre autres sociétés, G.S.W., les appareils ménagers lourds, General Electric, les appareils ménagers légers et la société Westinghouse auraient fermé ses portes. Cet accord devait être exécuté en trois ans. Ensuite, toutes les barrières douanières devaient être supprimées en cinq ans. En réalité, on a assisté à la création d'une nouvelle société composée de G.E., G.S.W. et Westinghouse. L'industrie a été effectivement rationalisée mais malheureusement, la suppression prévue des barrières douanières, qui aurait assuré des bénéfices substantiels aux consommateurs, est doucement touchée dans l'oubli.

Du point de vue du consommateur, les points faibles de la proposition proviennent de ce que la Commission de la concurrence pourra ne pas exercer suffisamment de pressions pour réduire adéquatement les barrières douanières, alors que le Cabinet pourra ne pas approuver les réductions ordonnées et ultérieurement accroître les barrières douanières ou imposer des contingentements.

Nous recommandons la révision de ces propositions afin d'assurer que les barrières douanières seront effectivement réduites ou que d'autres mesures seront prises pour faire en sorte qu'une partie importante des bénéfices soient distribués aux consommateurs. Nous recommandons également qu'une disposition soit prise pour que ces accords soient réellement contrôlés.

Accords à l'exportation: Article 32.4

Depuis 1960, aucune poursuite n'a été intentée concernant certains accords à l'exportation (article 32.4). La théorie qui se cache derrière cette exception est que, premièrement, les entreprises canadiennes auraient peu intérêt à se faire concurrence sur les marchés étrangers, deuxièmement, que les accords

peuvent fournir de meilleures garanties de livraison à des acheteurs hésitants et, troisièmement, qu'ils peuvent entraîner la vente de produits canadiens sur un plus grand nombre de marchés étrangers.

D'après l'actuelle Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, l'exception ne s'applique pas à un accord à l'exportation si cet accord a pour résultat de réduire le volume des exportations; semble devoir affaiblir le commerce d'exportation de tout concurrent au pays; empêche une personne d'entrer dans le commerce d'exportation du Canada ou réduit indûment la concurrence sur le marché intérieur. Bien qu'aucune poursuite n'ait été intentée dans le cadre de cet article, les entrepreneurs ont apparemment exprimé l'inquiétude selon laquelle cette exception est trop étroite et restreint les possibilités de conclure des accords à l'exportation.

Les révisions proposées (paragraphe 32(4) et (5) élargiront ces exceptions. Par exemple, une exception ne s'appliquera pas si l'accord à l'exportation réduit la valeur et non plus le volume des exportations. Le volume est assimilé à une mesure de production réelle tandis que la valeur est assimilée à des recettes. En fait, l'acquisition de recettes maximales provenant des exportations l'emportera sur la stimulation directe de l'emploi grâce aux exportations. Ainsi, ces accords pourraient entraîner une augmentation des prix, une réduction des ventes et de l'emploi pourvu que les recettes totales augmentent. Ce principe est particulièrement bizarre à une époque où le taux de chômage est élevé et où il est nécessaire d'augmenter le volume réel des ventes pour permettre d'atteindre un certain seuil et un certain degré de spécialisation dans l'industrie.

Un autre article dispose qu'un accord à l'exportation ne sera pas annulé au seul motif qu'il a un effet défavorable sur les prix du marché intérieur, pourvu que cet effet soit fortuit mais non voulu. À l'exception d'une pénurie intérieure liée à une forte demande à l'exportation, il est difficile de concevoir ce que signifie un effet fortuit. Un éclaircissement devra être apporté à cet article si les consommateurs doivent être suffisamment protégés.

Il est compréhensible que le gouvernement se préoccupe du développement

des marchés à l'exportation. La faiblesse récente du dollar canadien reflète en partie la piètre capacité des Canadiens à exporter des produits manufacturés. Mais du point de vue du consommateur, il convient d'avancer très sagement dans ce domaine. En premier lieu, il ne faudrait pas trop supposer que dans de nombreux cas les entreprises qui autrement se livreraient concurrence pourraient mieux réussir à exporter leurs produits si elles s'associaient. En outre, l'imagination du consommateur est en déroute lorsqu'on lui fait croire que les concurrents mettent vraisemblablement sur pied des plans communs d'exploitation des marchés étrangers sans se rendre compte qu'il pourrait être de leur intérêt de limiter la concurrence sur le marché intérieur.

Nous proposons que cet article soit rédigé à nouveau afin d'assurer que les accords proposés sont essentiels au développement des exportations. Même là, ceux-ci devraient être examinés à la loupe. Il ressort d'une expérience menée aux États-Unis, qui ont adopté une loi similaire, (Webb-Pomerene Act) que moins de 10% des exportations se font par le biais de ces accords.⁵ Cependant, ces accords semblent être les plus généralisés parmi les entreprises importantes qui vendent des produits normalisés dans des branches d'activités où la concurrence n'est pas importante. Ce sont dans ces branches que l'on trouve le plus grand potentiel d'abus sur le marché extérieur.

Nous proposons que le mot volume, qui figure dans la loi actuelle, soit maintenu au même titre que le mot valeur. Nous recommandons également que la loi précise la signification du terme fortuit dans le contexte de cet article.

Cumul de fonctions: article 31.75

En vertu du bill C-42, le détenteur d'un poste au sein du conseil d'administration d'une société concurrente ou siéger à son conseil d'administration si le cumul des fonctions est susceptible de réduire sensiblement la concurrence (article 31.75).

Il semble que le gouvernement se soit fondé, pour rédiger cet article, sur le rapport Skeoch-McDonald⁶ qui soutient que, vu la pénurie de gestionnaires talentueux au Canada, il serait souhaitable de permettre le cumul des fonctions d'administration. Toutefois, admettant qu'il existe une pénurie, il est peu probable qu'elle soit suffisamment grave pour justifier le cumul de fonctions, surtout dans le cas de sociétés en concurrence directe.

La plupart des hommes d'affaires refusent de siéger au conseil d'administration de sociétés concurrentes, car ils y perçoivent un conflit d'intérêts fondamental. Supposons, par exemple, qu'une personne occupe conjointement un poste au sein du conseil d'administration de deux sociétés comme Ford et Chrysler. En approuvant un programme de commercialisation pour Chrysler, l'administrateur vote vraisemblablement pour l'adoption d'une politique qui, si elle se solde par une réussite, aura une incidence négative sur les profits des actionnaires de la société Ford, au service de laquelle il travaille également. Le conflit d'intérêts est donc inévitable.

Considérons un instant une situation très peu probable: supposons que les décisions en matière de commercialisation les plus appropriées pour une entreprise le soient également pour ses concurrents. Du point de vue du consommateur, nous pouvons être certains que les meilleures politiques des sociétés ne contribueront jamais à une baisse des prix ou à une recrudescence de la concurrence. Il se peut également que les sociétés prennent "indépendamment" la décision de ne pas se faire concurrence sur certains marchés. Le choix offert aux consommateurs diminue vraisemblablement en fonction de la réduction du nombre de vendeurs potentiels sur chaque marché. En règle générale, l'établissement des prix à un niveau susceptible de rapporter le maximum de bénéfices à l'industrie entraîne une diminution de la concurrence. Le consommateur y perd donc et on ne peut s'attendre à une amélioration du rendement économique.

On prétend parfois que le rôle des membres du conseil d'administration est passif, lorsque les actions de la société sont largement réparties dans le

public. Dans ce contexte, le conseil d'administration est autre qu'un tampon au service de la direction. C'est pourquoi on suppose que les conflits d'intérêts ne sont pas très importants. En fait, il existe très peu de données à l'appui de cette théorie de passivité. Même si elle s'avérait exacte, il reste toujours des possibilités d'abus et de conflits d'intérêts. Bien entendu, si la théorie de la passivité est fondée, l'argument voulant que le cumul de fonctions soit nécessaire en raison de la pénurie de gestionnaires compétents perd toute sa valeur.

Un autre genre de cumul de fonctions n'est pas prévu par propositions. Il s'agit du cas où des membres de conseils d'administration de sociétés concurrentes siègent en même temps conseil d'une autre société, non concurrente. Par exemple, A, peut faire partie du conseil de Chrysler et B du conseil Ford. A et B pourraient également siéger au conseil d'une banque à charte. Ce cumul de fonctions à un niveau secondaire est assez courant au Canada.

Le cumul de fonctions au niveau secondaire entraîne des possibilités d'abus bien inutiles. Ces deux administrateurs ont l'endroit et l'occasion rêvés pour discuter des intérêts communs des sociétés concurrentes qu'ils représentent. En théorie, la loi n'empêche pas des sociétés concurrentes d'un secteur industriel d'avoir des administrateurs communs avec une société d'un autre secteur industriel. Comme il existe des possibilités d'abus dans le cadre de ce cumul de fonctions à un niveau secondaire et où il est fort peu probable que cela accroisse le rendement économique ou n'améliore la situation du consommateur s'il serait préférable d'interdire ce genre de pratique.

Dans sa forme actuelle, l'article 31.75 s'avérera certainement inefficace. Puisque la Loi ne reconnaît pas la possibilité manifeste d'abus, la Commission aura sans doute beaucoup de difficultés à déterminer les cas où la concurrence risque d'être sérieusement ébranlée. Ainsi, le cumul de fonctions ne sera probablement interdit qu'à la suite de la découverte d'un autre délit. La Commission exigera qu'il y ait monopolisation ou qu'on trouve qu'il y a eu entente officielle délic-

tueuse sur la fixation des prix, en plus d'un cumul de fonctions.

Étant donné la nature coût-avantage des analyses que préconisent les recommandations pour mesurer jusqu'à quel point le comportement corporatif est souhaitable, il semble que nous n'ayons, avec le cumul de fonctions, que hausses de prix pour le consommateur, absence d'amélioration du rendement et aucun avantage économique pour le public en général.

En résumé, il conviendrait de réviser cet article en tenant compte de certains des problèmes que nous avons soulevés. Nous recommandons qu'il soit modifié de manière à ce qu'un administrateur dirigeant ou employé d'une société ne puisse occuper le même poste dans une autre société, lorsqu'une entente de fixation des prix ou tout autre genre de contrat conclu entre les sociétés visées enfreint la Loi sur la concurrence; ou encore, si une des sociétés est le principal client de l'autre. Nous recommandons également que cet article soit modifié de manière à interdire le cumul de fonctions au niveau secondaire, dans tous les cas où le cumul de fonctions au premier niveau serait illégal.

Industries dont les activités sont réglementées: Article 4.5, 4.6, 27.1

Nous avons constaté ces dernières années une expansion radicale du rôle du gouvernement en tant que régulateur de l'économie. Au Canada, les organismes de réglementation ont une incidence directe sur le prix d'une vaste gamme de produits et de services que le consommateur achète. Les industries touchées comprennent: le transport, les communications, les finances, l'assurance, l'énergie, la radio et la télévision, les valeurs mobilières, les textiles, le vêtement et l'agriculture, pour n'en citer que quelques-unes.

Au cours de la dernière décennie, les économistes et les experts ont manifesté leur inquiétude face au nombre de règlements désuets ou dont la portée est plus large qu'il n'est économiquement souhaitable.⁸ Dans de nombreux cas, les entreprises ont préféré la réglementation à la concurrence. Dans certains secteurs industriels, il y aurait lieu d'abolir les règlements et d'effectuer un retour à la concurrence. La nouvelle loi prévoit les moyens nécessaires pour

ce faire, lorsqu'une telle mesure s'impose.

La nouvelle loi habilitera l'Administrateur à intervenir de sa propre initiative dans tous les cas où le maintien ou l'instauration de la concurrence est ou devrait être soumis à un organisme fédéral de réglementation (Article 27.1). Les modifications de 1975 ont permis, pour la première fois, au directeur de la Recherche et des enquêtes de comparaître devant les organismes fédéraux de réglementation. L'Administrateur assumera maintenant ces fonctions. Toutefois, les révisions proposées permettront à ce dernier de jouer un rôle beaucoup plus important. Il aura le droit de participer au même titre que toute autre partie.

De plus, la nouvelle loi précisera les rapports qui existent entre les textes réglementaires et la législation concernant la politique sur la concurrence.

Ces réformes fourniront de nouvelles mesures de protection aux sociétés dont les activités sont réglementées, car les activités qu'elles exercent, expressément requises ou autorisées par un organisme de réglementation public, seront exemptées de la loi, si les membres de l'organisme de réglementation ne sont pas désignés par les personnes faisant l'objet de cette réglementation, comme c'est le cas de certains offices de commercialisation provinciaux.

Les dispositions du bill C-42 ne s'appliqueront pas non plus si elles empêchent d'atteindre les principaux objectifs de la réglementation. Les organismes fédéraux de réglementation seront tenus de réaliser leurs objectifs de la façon qui restreindra le moins la concurrence, faute de quoi, l'Administrateur pourra en appeler d'une décision de l'organisme en cause.

Tout en offrant ces mesures de protection supplémentaires aux entreprises oeuvrant dans les secteurs dont les activités sont réglementées, les recommandations renforceront la position de l'Administrateur face aux organismes fédéraux de réglementation. Ce dernier sera autorisé à comparaître dans tous les cas où il est question d'un aspect quelconque de la politique sur la concurrence et à plaider en faveur de l'abolition des règlements.

Il faudra attendre un certain temps avant de pouvoir déterminer toutes les répercussions de cette réforme. La plupart des lois portant création d'organismes de réglementation sont libellées de façon tellement générale que les organismes jouissent de pouvoirs discrétionnaires considérables pour déterminer les genres de comportement conformes à leurs buts. Dans la plupart des cas, les textes habilitants comprennent au moins des dispositions indirectes concernant la promotion de l'industrie dont les activités sont réglementées. La plupart des conseils croiront probablement que la concurrence est mauvaise pour les entreprises dont les activités sont réglementées et demanderont à l'Administrateur d'aller prôner ses théories ailleurs. En pratique, ils agiront probablement avec un peu plus de diplomatie; ils le laisseront parler et feront ensuite comme s'il n'existait pas. De toute façon, compte tenu de la complexité et de l'envergure des industries dont les activités sont réglementées, l'Administrateur devra jouir de ressources considérables pour pouvoir intervenir de façon efficace.

Nous craignons qu'en établissant les priorités après n'avoir rencontré que des échecs auprès des organismes de réglementation, l'Administrateur ne cesse d'accorder la priorité au budget et à la main-d'oeuvre dans ce secteur. Nous croyons que le rôle de l'Administrateur est très important, mais il faut veiller à ce qu'il ne se transforme pas en simple stratagème servant à faire croire au public qu'il est représenté de façon efficace, surtout si, ce n'est vraiment pas le cas.

Néanmoins, la réforme marque une première étape utile. Cela permet au public de prendre connaissance d'un problème fondamental auquel font face les industries dont les activités sont réglementées. Ce problème auquel nous faisons allusion est que, dans bien des cas, la réglementation économique des sociétés privées et des sociétés d'État est devenue désuète, sert de protection économique, ou encore, agit dans l'intérêt de catégories spéciales de clients en facilitant l'octroi de subventions réciproques.

Le public devrait être mis au courant de la nature très limitée du rôle

proposé pour l'Administrateur. Il n'assumera pas la majorité des fonctions que remplissent actuellement les avocats de l'Association canadienne des consommateurs en vertu de son programme relatif aux industries réglementées. Il servira plutôt à les compléter.

Ces propositions sont valables en ce sens que le processus de réglementation est défini par la loi et que les organismes seront maintenant tenus de révéler leurs principaux objectifs. Malheureusement, la législation créant la majorité des organismes de réglementation est libellée en termes tellement généraux qu'il peut devenir nécessaire, pour déterminer les objectifs principaux, d'exempter certains secteurs importants de l'application de la politique sur la concurrence.

Nous recommandons que le comité appuie les révisions proposées concernant les organismes de réglementation. Toutefois, nous recommandons que, conformément à ce projet de loi, tous les organismes fédéraux de réglementation soient tenus, dans un délai suivant la proclamation de cet article, d'émettre une déclaration fournissant des détails sur les objectifs qu'ils considèrent comme étant principaux. Cela donnerait à l'Administrateur un guide utile sur lequel il pourrait fonder ses interventions.

Section II: Notes

1. Paul K. Gorecki, Economics of Scale and Efficient Plant Size in Canadian Manufacturing Industries, (Ottawa: Ministère de la Consommation et des Corporations, 1976).
2. Statistique Canada, Sommaire du Commerce Extérieur (Publication mensuelle), et: "Trade Gap Shows Our R&D Status", Financial Post, 26 avril 1975.
3. Voir Gorecki, op. cit. et F.M. Scherer, The Economics of Multi-Plant Operation: An International Comparison Study, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975).
4. C. Pestieau, The Canadian Textile Policy: A Sectoral Trade Adjustment Strategy (Montréal: Institut de Recherche C.D. Howe, 1976) et L.A. Skeoch et B.C. McDonald, Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy (Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1976), p. 174.
5. Federal Trade Commission, Economic Report Webb Pomerene Associations: A 50 Year Review (Washington, D.C.: U.S. G.P.O., 1967).
6. Skeoch et McDonald, op. cit., pp. 190-194.
7. Wallace Clement, The Canadian Corporate Elite (Toronto: McClelland and Stewart, 1975) et Peter Newman, The Canadian Establishment, (Toronto: McClelland et Stewart, 1975).
8. G.B. Reschenthaler, "Regulatory Failure and Competition", l'Administration Publique au Canada, Volume 19, No. 3, (automne 1976), pp. 466 à 486. Voir également K.R. Ruppenthal et W.T. Stanbury (Editeurs) Transportation Policy: Regulation, Competition and the Public Interest, Vancouver, Centre for Transportation Studies, 1976.

III. ACTION COLLECTIVE ET ACTION INDIRECTE: Article 39

L'article 39 prévoit la possibilité d'intenter des actions collectives et indirectes. Les particuliers peuvent intenter des actions pour dommages réels et l'Administrateur peut, lui, intenter des actions indirectes dans certaines circonstances. Des réclamations peuvent être faites pour dommages réels, les frais extrajudiciaires raisonnables constituant un privilège sur le règlement. La Société défenderesse ou le particulier défendeur ne peuvent réclamer les frais de justice. Dans une action indirecte, toute somme allouée par jugement est versée au compte du revenu général.

L'application de cette proposition pose des difficultés, car la plupart des barreaux provinciaux ont des règlements qui limitent considérablement la possibilité des avocats d'accepter des causes sur une base aléatoire. Par conséquent, l'accès aux tribunaux est très limité dans le domaine anti-trust pour les petites entreprises, les individus à faible revenu et les consommateurs en général. Ceci est particulièrement vrai dans les cas où la loi ne prévoit que le remboursement des dommages réels.

Ce qui nous inquiète surtout, c'est que l'article proposé est très ambigu à l'égard de ce qui constitue l'avis nécessaire à adresser aux membres d'un groupe pour les informer qu'une action a été intentée et de ce qui concerne la partie devant assumer les frais de cet avis. Des explications s'imposent sur ces deux sujets: la forme de l'avis et les obligations financières qui en découlent, si l'on veut éviter les problèmes survenus dans le cas des actions collectives aux Etats-Unis. Ce ne sont pas des questions pour lesquelles on peut demander aux tribunaux de statuer,

puisqu'elles sont à la base de l'efficacité de cet article.

Nous recommandons également que, dans le cas des actions collectives, des dispositions soient prises pour permettre l'octroi de dommages-intérêts doubles, compte tenu du fardeau spécial et de l'obstacle que créent l'absence d'un pacte d'honoraires d'avocat. Nous tenons à signaler qu'à la disposition visant à accorder des dommages-intérêts doubles représente une amende considérablement inférieure aux triples dommages-intérêts imposés par la législation américaine. Il faut également remarquer que seul un très faible pourcentage d'hommes d'affaires canadiens sera un jour appelé à faire face à une action collective, puisque la grande majorité de ces derniers n'enfreindra pas les dispositions de la loi.

Si les tribunaux rejettent une demande d'action collective simplement parce qu'elle est impossible à régler, l'Administrateur peut intenter une action indirecte et appartiendra alors au tribunal de déterminer le montant minimal de l'indemnisation qui aurait été octroyée aux membres du groupe si l'action collective avait été jugée en leur faveur. Si cette somme est "importante", le défendeur doit payer ce montant à l'Administrateur qui le verse alors au compte des revenus généraux du gouvernement fédéral. Les membres du groupe n'obtiennent rien, mais chacun d'entre eux -- à l'exception de ceux qui ont demandé à être officiellement exclus de l'action indirecte -- est tenu de respecter le jugement prononcé.

La raison d'être des actions collectives indirectes est la même que celle des actions collectives ordinaires: empêcher une société de s'enrichir

injustement et dissuader d'autres délinquants en puissance. C'est pourquoi l'Administrateur ne sera pas en mesure d'obtenir des dommages et intérêts si le défendeur a déjà été condamné en vertu de la Loi pour une même infraction. C'est une disposition très particulière. Elle ne peut se justifier que dans le cas où le défendeur a été condamné à verser une amende au moins égale à ses gains illicites. Si les profits qu'il a tirés de son méfait sont plus importants que l'amende, il y gagne.

Une procédure aussi complexe peut sembler comme un obstacle considérable à l'engagement d'une poursuite contre une société, mais le consommateur bénéficie d'un avantage. Si le défendeur a déjà été condamné pour une infraction criminelle en vertu de la Loi, le demandeur d'une action collective peut utiliser cette condamnation devant le tribunal comme preuve de l'infraction et de ses conséquences pour les membres du groupe. Ceci épargne au demandeur les frais élevés que comporte le rassemblement des preuves. De plus, le défendeur peut être tenu de payer tous les frais juridiques de l'action collective. Pourtant, dans ce genre d'affaire, il est peu vraisemblable que le défendeur conteste l'action. Mais les demandeurs devront néanmoins suivre le processus de l'audience préliminaire pour intenter l'action.

Si un groupe de consommateurs gagne une action collective, la personne qui représente le groupe en tant que demandeur a un droit prioritaire sur les sommes accordées. Le tribunal décidera de la somme à laquelle il a droit sur le plan des frais juridiques. Cela signifie que dans une action collective intentée en vertu de la Loi, les honoraires de l'avocat ne devront pas dépendre de l'issue de l'action. Si le demandeur

a dû engager des frais supplémentaires pour enquêter sur les griefs qu'il invoquait, c'est tant pis pour lui, il ne pourra pas les récupérer. Cependant, s'il avait intenté une action pour son propre compte, il aurait eu le droit de récupérer intégralement ces coûts.

En définitive, il semble que le gouvernement ait péché par excès de prudence. Le bill C-42 essaye d'éviter que des entreprises honnêtes ne puissent être importunées par des consommateurs qui invoqueraient des infractions insignifiantes. C'est pourquoi le projet de loi impose au demandeur un fardeau fort coûteux en ce qui concerne le temps et les frais pour prouver la légitimité de son action collective au tribunal. En fait, le gouvernement sera effectivement en mesure de contrôler les actions collectives, car les consommateurs n'intenteront une action collective qu'à l'encontre de sociétés qui ont déjà été poursuivies par le gouvernement pour des infractions à la Loi. Le consommateur qui a un grief important à l'encontre d'une société aurait intérêt à éviter les inconvénients d'une action collective. S'il poursuit la société pour son propre compte et qu'il obtient gain de cause, il pourra récupérer tous ses frais, notamment les frais d'enquête.

De façon plus précise, le projet de loi présente plusieurs faiblesses. Premièrement, il n'a pas résolu le problème de la maniabilité de façon adéquate. L'Administrateur de la politique de la concurrence ne peut intenter une action indirecte que si le tribunal a refusé l'action collective d'un groupe de consommateurs pour le motif qu'elle n'aboutirait pas. Mais le demandeur doit verser les frais correspondant à ce refus. S'il

est assez évident que la tentative doit échouer, pourquoi le demandeur devrait-il prendre la peine d'essayer? Si l'Administrateur prend la balle au bond, toutes les indemnisations allouées par le tribunal reviennent au gouvernement. Le projet de loi pourrait facilement être modifié pour supprimer ces obstacles sans pour autant limiter les garanties légitimes des entreprises.

Deuxièmement, étant donné que les actions collectives sont limitées aux infractions en vertu de la Loi sur la concurrence, le projet de loi restreint effectivement les possibilités d'action du consommateur aux cas de publicité trompeuse ou de fixation des prix. Il ne serait d'aucun secours aux propriétaires des Ford rouillées (un jugement sur ce point a récemment été rendu à la suite d'une action collective), pas plus qu'il n'autoriserait les actions collectives pour des produits défectueux en vertu d'une autre loi fédérale comme la Loi sur les produits dangereux.

Troisièmement, le délai de 2 ans pour intenter une action collective semble trop bref. Ce délai commence à courir soit à la date de l'infraction, soit à la fin d'une procédure judiciaire, quelle qu'elle soit, une accusation criminelle par exemple. Si une société annonce qu'un toit sera exempt de fuite pendant 10 ans, mais qu'en fait, une fuite se produit au bout de 3 ans, les consommateurs ne pourront pas intenter une action collective à moins que le gouvernement n'ait poursuivi la société pour publicité trompeuse. Un délai plus long serait utile pour les consommateurs. Dans la situation actuelle, ils doivent se fier totalement au gouvernement pour la protection de leurs intérêts.

Quatrièmement, les modalités d'information des membres d'un groupe dans une action collective, telles qu'elles figurent dans le projet de loi, ont suscité une certaine inquiétude. On ne connaîtra pas exactement ces modalités avant la publication du règlement qui interviendra après l'adoption du projet de loi. Si le règlement prévoit que chaque membre du groupe recevra un avis par la poste, cette formule pourrait comporter des frais prohibitifs dans le cas d'un groupe très important.

Le plus fort argument en faveur de la création du droit à l'action collective est sans doute le relevé chronologique de pénalités et de correctifs imposés en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Pour étayer cet argument, nous présentons ci-dessous un résumé extrait d'un document publié récemment par MM. Gorecki et Stanbury.¹

Pénalités et correctifs imposés depuis 1889²

L'actuelle Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et les lois qui l'ont précédée ont prévu diverses pénalités et correctifs:

- (1) amendes et emprisonnement (depuis 1889)
- (2) réduction ou suppression des tarifs douaniers
(dans la Loi sur les tarifs des douanes de 1897, incorporée à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en 1910).
- (3) annulation ou modification d'un brevet, d'une marque de commerce ou des conditions d'une licence (depuis 1910)

- (4) Ordonnances d'interdiction, soit à titre de correctif unique (article 30 (2)), soit en plus d'autres correctifs (les deux depuis 1952)
- (5) correctifs structurels, comme la dissolution d'une fusion ou d'un monopole (depuis 1952)
- (6) Obtention de dommages et intérêts séparés dans les actions civiles privées (depuis janvier 1976)

En plus de ses pénalités officielles, il existe un correctif officieux au moyen de la publicité, auquel MacKenzie King accordait une grande confiance, et dont on trouve des vestiges dans le rôle d'appréciation et d'information de la Commission d'enquêtes sur les pratiques restrictives du commerce. Notre discussion portera principalement sur le montant des amendes et sur la fréquence d'utilisation des ordonnances d'interdiction car dans les faits, celles-ci ont été pratiquement les seules pénalités ou correctifs imposés par les tribunaux. Par exemple, trois individus seulement ont été emprisonnés à la suite d'une condamnation pour infraction à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Il s'agissait dans chaque cas de publicité trompeuse. En fait, il y a eu peu d'accusations individuelles. Jusqu'à une date récente, la Couronne avait pour habitude de ne poursuivre un individu que s'il n'existait pas de personne morale ou si l'individu était le principal organisateur d'une coalition, ou s'il était le dirigeant d'une société commerciale. Il n'y a eu qu'une seule modification de tarif à la suite d'une poursuite ou d'une enquête sur une coalition. Les correctifs concernant les brevets et les marques de commerce n'ont été appliqués qu'à trois occasions, mais les procédures ont été si

longues que l'utilisation de cette action peut difficilement passer pour une grande victoire de la Couronne. La possibilité de dissolution d'une fusion ou d'un monopole, qui pourrait constituer un correctif très efficace, n'a jamais été utilisée. En dernier lieu, la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts à la suite d'une action civile privée en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions n'a pas encore été établie. Cette disposition n'est en vigueur que depuis un peu plus d'un an et elle pourrait être soumise à un examen de constitutionnalité.

Le montant des amendes

Il y a un peu plus de vingt ans, les amendes imposées dans les affaires de coalitions ont été décrites avec justesse par le juge Rand dans l'affaire Goodyear Tire and Rubber lorsqu'il a déclaré: "L'application de la Loi par la condamnation et l'amende a eu tendance à faire apparaître une attitude qui ressemble étrangement à la reconnaissance périodique de l'illégalité".³ Il formulait ensuite une mise en garde aux termes de laquelle, si l'on ne renforçait pas l'efficacité des sanctions prévues par la loi, on autoriserait "les partisans déclarés de l'anarchie à défier la volonté du Parlement".⁴ Dans cette affaire, on invoquait l'article 498(1)d) du Code criminel et la coalition impliquait la totalité de l'industrie canadienne des pneumatiques sur une période de plus de 17 ans (1935-1952); l'accusé plaidait coupable et n'était passible que d'une amende de \$10,000. A la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Roach a déclaré que la coalition "contrôlait totalement le secteur automobile de cette industrie dans l'ensemble du Dominion", qu'elle impliquait tous les commerçants de ce secteur et que "ses exactions s'étaient poursuivies

même après l'acte d'accusation, jusqu'à la date d'ouverture du procès".⁵

De 1952 au 1er janvier 1976, la loi ne fixait aucun montant maximal pour les amendes qui pouvaient être imposées en cas de coalition; un maximum de \$1 million (aussi bien pour les individus que pour les sociétés) avait été inséré dans la première série de modifications, pour inciter les juges à la sévérité. Depuis 1952, il n'y a aucune limite maximale aux amendes à imposer en cas de fusion, de monopole, de maintien du prix de revente, de discrimination en matière de prix ou de fixation abusive des prix. Bien qu'il n'y ait aucun maximum, le montant effectif des amendes dans les affaires canadiennes de coalitions a été relativement bas par rapport aux bénéfices économiques qui sont susceptibles de découler des pratiques commerciales illégales. Il est manifeste que le crime paye dans le domaine des infractions des coalitions. De tout temps, les juges canadiens ont invectivé ceux qui fixaient des prix abusifs ou qui commettaient des infractions du même ordre, mais ils ont rarement imposé l'amende maximale. Pendant la période où les amendes étaient soumises à un maximum statutaire (voir le tableau 1), le juge n'a imposé l'amende maximale à une ou à plusieurs sociétés condamnées que dans 36% des cas de coalition.⁶

(i) Les amendes dans les affaires de coalition

Le tableau 1 indique que de 1910 à 1952, le maximum des amendes qui pouvaient être imposées en vertu du Code criminel était inférieur de plus de la moitié à celui qui était prévu dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Cependant, à de rares exceptions près, les coalitions

ont été poursuivies en vertu du Code criminel]. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les poursuites ont été rares avant les années 50, et les succès de la Couronne étaient inférieurs à ce qu'ils sont aujourd'hui. Entre 1889 et 1910, l'amende moyenne par entreprise (seulement un cas où il s'agissait de deux entreprises) s'est élevée à \$5,000, tandis que l'amende infligée à des particuliers s'est élevée à \$269, voir tableau 2. Entre 1911 et 1925 aucune poursuite ne s'est soldée par un succès. Entre 1926 et 1942, dans huit cas des amendes d'un montant moyen de \$2,722 ont été infligées à 45 entreprises. Au cours de la même période, dans sept cas, des amendes d'un montant moyen de \$843 ont été infligées à 61 particuliers. Les sept années suivantes au cours desquelles aucune condamnation n'a été prononcée, nous constatons que le montant moyen des amendes par entreprise au cours des années 50 était de \$7,046; le montant moyen par particulier n'était que de \$564, une réduction par rapport à la période allant de 1926 à 1942.

Bien que la limite statutaire ait été supprimée en 1952, ce n'est qu'en 1960 que l'amende la plus élevée infligée à une société s'est élevée à \$25,000. En 1966 l'amende la plus élevée a été portée à \$75,000. Le montant moyen de l'amende par entreprise condamnée (152 dans 21 cas) s'est élevé très peu au cours des années 60, c'est-à-dire à \$7,576; pour les particuliers il ne s'agissait que de \$944 et neuf particuliers seulement ont été condamnés par rapport à 21 au cours des années 50, et 61 entre 1926 et 1942.

Le montant moyen des amendes par société entre 1970 et 1975, était presque le double de celui des années 60, mais en termes absolus et en

fonction des avantages éventuels de la fixation des prix il était plutôt réduit, se chiffrant à \$13,758. Si nous éliminons deux cas où des amendes atteignant un montant record ont été infligées, le montant moyen tombe à \$8,149, ce qui est à peine au-dessus du montant enregistré pour les années 50. Les deux cas dans lesquels des amendes atteignant un chiffre record ont été infligées ont été ceux de Armco⁷ et B.C. Cement⁸. Dans l'affaire Armco sept entreprises se sont vues infliger une amende d'un montant total de \$447,000 en 1974, Armco Canada Ltd. ayant reçu une amende record de \$125,000 pour une seule accusation. Dans l'affaire de B.C. Cement, où il s'agissait de trois complots distincts, mais ayant des rapports, une amende d'un montant total de \$220,000 a été imposée à Ocean Construction Supplies y compris \$125,000 pour une seule accusation. Entre 1970 et 1975 aucun particulier n'a été condamné dans une affaire de complot.

Si nous considérons l'ensemble de la période allant de 1889 à 1910 et de 1970 à 1975, nous constatons que le montant moyen des amendes par société a augmenté de 275%. Au cours de la même période l'indice des prix à la consommation a augmenté de 445% et l'indice des prix de gros a augmenté de 720%.⁹ Par conséquent, en termes réels le niveau moyen des amendes a baissé. Mais les calculs supposent implicitement que le niveau des amendes entre 1889 et 1910 est approprié pour veiller à ce que le crime ne paye pas et pour servir de moyen de dissuasion pour d'autres contrevenants éventuels. Nous faisons observer que ce n'est pas le cas.

Très récemment (le 13 avril 1977) dans l'affaire de la Grosse Lampe

un nouveau record a été établi en matière d'amendes. Une amende de \$300,000 a été infligée à Canadian General Electric, de \$150,000 à Westinghouse et de \$110,000 à GTE Sylvania.¹⁰ Bien que ces amendes semblent élevées, elles servent bien à illustrer que les délits par voie de coalition rapportent au Canada. Le complot, d'après l'inculpation, s'est produit au cours d'une période de huit ans et huit mois (du 1er janvier 1959 au 25 août 1957). Ensemble les trois sociétés ont assuré 90% des ventes de grosses lampes électriques au Canada durant toute cette période. Entre 1961 et 1967 le rapport de la CPRC sur l'affaire indique que les ventes de grosses lampes au Canada sont passées de \$39.0 millions à \$50.4 millions et se sont élevées à un montant total de \$284 millions au cours de cette période de sept ans.¹¹ Par conséquent, une estimation raisonnable des ventes de grosses lampes par les trois sociétés qui ont fait l'objet de l'accusation, au cours de la période d'inculpation, s'élèverait à .9(284), c'est-à-dire, 256 millions de dollars. Supposons que les trois sociétés ont été en mesure d'augmenter leur prix d'un pour cent seulement; l'augmentation des bénéfices avant l'impôt dépasserait 2.5 millions de dollars. Elles encaisseraient plus de la moitié de ce montant après l'impôt, à savoir 1.3 million de dollars. Le montant total des amendes est de \$550,000 et elles ne donnent pas droit à une déduction fiscale, mais elles seront versées dix ans après la fin du complot. Puisque "le temps c'est l'argent" nous devons soit réduire des amendes en remontant à 1967, ou bien accumuler les profits jusqu'à 1977. Si nous faisons opération à 10%, nous constatons que le montant actuel des amendes se réduit en 1967 à \$213,000. D'après l'axiome que dans les affaires de coalitions au Canada le montant des honoraires d'avocat sera égal à celui des amendes ou le dépassera, nous

supposons que le montant est égal à celui des amendes. Toutefois, ces coûts bénéficient de la déduction fiscale et ils seront assumés en partie par les victimes du complot et d'autres contribuables. Par conséquent, les frais d'avocat de \$300,000 après impôt doivent être également déduits en remontant à 1967; comme tels ils s'élèveraient à \$116,000.

En résumé, nous constatons que le coût net pour les trois sociétés inculpées en valeur actuelle par rapport à 1967, était de \$329,000. Si elles ont été en mesure d'augmenter leur prix d'un pour cent seulement, leur bénéfice net (reçu au cours de la période allant de 1959 jusqu'à la fin de 1967) s'élèverait à 1.3 million de dollars. Nous faisons observer qu'une entente collusoire sur les prix est généralement un "investissement" très rémunérateur. En outre, il est difficile de croire que le complot était destiné à augmenter les prix uniquement d'un pour cent. D'après nos calculs, une augmentation d'un quart d'un pour cent rendrait ce système profitable.

Compte tenu de cet exemple, et de nombreux autres que nous pourrions citer, nous continuons à trouver les paroles de Monsieur le juge Rand complètement appropriées. Vu le montant peu élevé des amendes au Canada dans les cas de coalition, on peut dire qu'il s'agit effectivement d'une "autorisation périodique de l'illégalité". Aussi longtemps que les bénéfices que rapportent les ententes collusoires sur la fixation des prix sont aussi élevés, il n'est pas surprenant que les hommes d'affaire rationnels et calculateurs choisissent de fixer les prix au lieu de se faire concurrence. Inutile de dire qu'on devrait augmenter les amendes considérablement.

(ii) amendes dans les cas de fusion et de
monopole

Nous avons noté dans une partie antérieure du mémoire que les condamnations pour infraction en matière de fusion et (ou) monopole ont été vraiment rares. Dans deux cas seulement, des amendes ont été infligées. Dans l'affaire Eddy Match¹² en 1951, cinq entreprises ont reçu des amendes d'un montant moyen de \$17,000, deux, des amendes d'un montant maximum de \$25,000 aux termes de la loi en vigueur à ce moment-là. En 1970, l'Electric Reduction Company s'est reconnue coupable d'une accusation de fusion et de monopole et une amende de \$40,000 lui a été infligée.¹³ Dans cette affaire-là, le juge Stark a déclaré qu'en infligeant des amendes il a fait preuve "d'indulgence, parce que" le tribunal n'a pas été saisi d'un très grand nombre d'affaires de ce genre et peut-être qu'il est injuste de s'efforcer actuellement, de punir trop sévèrement ce contrevenant".¹⁴ Le problème dans cette branche du droit en est davantage un de répression insuffisante flagrante et d'interprétation excessivement restrictive par le corps judiciaire, que simplement de peines et de mesures répressives insuffisantes.

(iii) amendes dans les cas de maintien du prix
de revente et de refus de vendre

Comme le tableau 2 l'indique, le montant moyen de l'amende dans les cas de maintien du prix de revente a augmenté. Seules trois condamnations suivies d'une amende ont été enregistrées dans les années 50, et le montant moyen de l'amende était de \$502. Dans un cas il n'était que de \$5.00. Dans les 11 cas où des amendes ont été infligées dans les années 60, le montant moyen de l'amende a été porté à \$1,550. Dans la

période allant de 1970 à 1975, le montant moyen a triplé pour atteindre \$4,953, fondé sur 16 cas. De même que dans les cas d'entente collusoire sur la fixation des prix, quelques cas de maintien du prix de revente font augmenter la moyenne. Des 30 cas dans lesquels des amendes ont été infligés entre 1954 et 1975, quatre seulement représentaient la moitié du montant total des amendes imposées dans tous les cas. Le montant de l'amende intermédiaire n'était que de \$1,500. Dans deux cinquièmes des cas l'amende s'élevait à \$1,000 au moins.

Le maintien du prix de revente décourage fortement la concurrence. S'il est complètement couronné de succès, il entraîne une entente collusoire sur la fixation des prix parmi les vendeurs d'un produit particulier. Les répercussions d'un tel système se manifestent souvent au niveau national. L'affaire Black et Decker illustre l'insuffisance du montant actuel des amendes dans de tels cas.

En décembre 1974, la firme Black and Decker a été accusée de maintien du prix de détail et de refus de fournir des marchandises et ce par deux chefs d'accusation pour période comprise entre le 30 septembre 1966 et le 1er septembre 1970. D'après des témoignages, l'entreprise accaparait en 1967 38% du marché canadien des outils mécaniques utilisés dans les foyers et par l'industrie de la construction. Sur déclaration de culpabilité, Boland J. a condamné la firme à une amende de \$5,000 pour chacun des chefs d'accusation, rendant en même temps une ordonnance d'interdiction. Le juge décrivait l'amende comme étant, "une peine substantielle" ajoutant qu'en établissant la peine, "la protection du public devrait primer toute autre considération".¹⁵ Etant donné les millions de dollars de vente en cause,

on peut difficilement admettre une peine aussi dérisoire. Il est certain que l'amende globale dans ce cas, la deuxième en importance dans les cas de maintien du prix de détail, ne peut constituer une mesure de dissuasion pour la Black and Decker. Les bénéfices possibles découlant du maintien des prix de détail sont simplement trop élevés pour s'attendre à ce que des gestionnaires rationnels et intéressés, ne se hasardent pas à répéter l'expérience.

La tendance actuelle est d'imposer des amendes plus élevées. Dans deux cas récents, les amendes se chiffraient à \$15,000 chacune. Au début de 1976, la société Hoover a plaidé coupable à 6 chefs d'accusation en vertu de l'alinéa 38(2)b) et a dû verser des amendes globales qui se chiffraient à \$21,000.¹⁶

(iv) les amendes dans les cas de publicité trompeuse

A peu d'exception près, les amendes dans les cas de la publicité trompeuse ont été minimales. Dans 18 des 25 cas relevant de l'article 36 ayant fait l'objet d'une décision entre octobre 1970 et octobre 1971, l'amende a été de \$200 ou moins. Sur 41 cas relevant de l'article 37 au cours de la même période, 26% ont reçu une amende de \$400 ou moins et dans seulement 2 de ces cas elle a été de plus de \$1,000. Pour la période comprise entre février 1972 et février 1973, dans 16 des 24 cas relevant de l'article 36 l'amende a été de \$200 ou moins. Sur 49 cas relevant de l'article 37 au cours de la même période, 29 ont reçu une amende de \$400 ou moins, sept ont fait l'objet d'une amende variant entre \$1,001 et \$3,000 et dans 2 cas l'amende était de \$5,000 et de \$10,000 respectivement.

Le tableau 3 donne la moyenne des amendes imposées dans les cas de publicité trompeuse en 1973, 1974 et 1975. Quant aux cas relevant de l'article 36, l'amende moyenne par cas a été de \$229, en 1973 et est passée à \$296 en 1975. Dans une certaine mesure, il s'agit d'amendes relativement minimes. L'amende moyenne pour les cas relevant de l'article 37 en 1973 était de \$1,347, montant qui tient compte de l'amende de \$27,500 imposée à Benson & Hedges (l'amende la plus élevée jusqu'ici). En 1974, l'amende moyenne était de \$1,160 et en 1975 de \$1,081. La "rentabilité" de la publicité trompeuse est difficile à déterminer; étant donné toutefois l'augmentation continue du nombre de poursuites et de condamnations, il est difficile de croire que les amendes ont jusqu'à maintenant empêché ces infractions. Même si nous prenons le cas où l'amende la plus élevée a été imposée, notre analyse laisse supposer qu'il était plus rentable de faire de la publicité trompeuse et de payer l'amende que de "suivre la règle du jeu".¹⁷

(v) les amendes dans les cas de discrimination à
l'égard du prix

Une seule condamnation et une seule amende ont été rapportées relativement à l'article 34 ou 35 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Dans le cas R. contre Rubbermaid (Canada) Limited la société a plaidé coupable pour cinq chefs d'accusation relevant de l'article 35, dans des cas de remise promotionnelle discriminatoires et a été condamnée à verser \$3,000 pour chacun des chefs d'accusation. Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, la couronne a obtenu une ordonnance d'interdiction dans un cas en vertu de l'alinéa 34(1)b).

Ordonnances d'interdiction dans les cas de coalition

Depuis 1952, la Couronne avait en vertu de l'article 31, actuellement article 30, la possibilité d'obtenir une ordonnance interdisant la répétition ou la continuation d'une infraction en sus de toute autre peine ou mesure infligée et, en vertu du paragraphe 30(2) d'obtenir une ordonnance d'interdiction à l'endroit d'une personne qui "a accompli, est sur le point d'accomplir ou semble devoir accomplir un acte ou une chose constituant une infraction ... " en tant que seul remède. La Couronne n'a jamais utilisé cette dernière mesure avant 1963.

Des neuf condamnations qui ont été imposées de 1953 à 1955, la Couronne a fait imposer une amende et une brève ordonnance d'interdiction dans six cas seulement et une amende dans les trois autres cas. Entre 1956 et 1960, la Couronne a réussi à obtenir des condamnations dans 13 cas, une amende et une brève ordonnance d'interdiction dans huit autres cas, une amende et une ordonnance détaillée dans quatre autres cas et dans un dernier cas une amende a été suspendue.

Entre 1960-1961 et 1974-1975, une accusation a été portée dans 91 cas dont 86 sont classés. Vingt-deux cas sur 91 étaient des demandes d'ordonnance d'interdiction. Dans 20 cas, la Couronne a réussi, 13 ordonnances d'interdiction étaient brèves et sept étaient beaucoup plus longues et plus détaillées.

Des 69 poursuites ordinaires, des condamnations ont été obtenues dans 53 des 60 cas classés. En voici les détails:

- amende seulement	10 cas
- ordonnance d'interdiction seulement	2 (une brève, une détaillée)
- amende et brève ordonnance d'interdiction	37
- amende et ordonnance d'interdiction détaillée	4
	—
	53

Il est évident que la peine ou le recours le plus courant utilisé au cours des années 60 et au cours de la première moitié des années 70 a été une amende doublée d'une ordonnance d'interdiction en forme simplifiée. L'efficacité de ces ordonnances est difficile à déterminer. Dans deux cas récents plutôt spectaculaires (Armco et Large Lamps) un ou plusieurs des défendeurs avaient déjà été inculpés condamnés à une amende et soumis à une ordonnance d'interdiction en forme simplifiée. Avec le droit de poursuite privée pour dommages civils dans le cas d'une infraction ou violation d'une ordonnance l'inutilité de ces ordonnances pourrait augmenter. Le Directeur devrait publier (et diffuser) une liste de toutes les ordonnances en suspens afin de permettre aux consommateurs, aux clients d'entreprises ainsi qu'aux concurrents de l'aider en lui faisant part des plaintes et en étant en leur propre nom.

Emprisonnement

Jamais un cadre d'une société importante n'a été envoyé en prison pour une infraction de coalition. Des trois condamnations à la prison mentionnée, deux étaient d'un jour et une de douze mois.¹⁸ Toutes se rapportaient à la publicité trompeuse de petits hommes d'affaires. Depuis 1970, aucun cadre n'a été accusé de fixation de prix, de fusion, de monopole,

de maintien du prix de détail ou de discrimination en matière de prix. Très peu ont été accusés, même si récemment le Directeur a indiqué qu'il essaierait d'amener le ministère de la Justice à intenter des poursuites contre des particuliers.

Par suite de la décision rendue et des peines imposées dans l'affaire B.C. Cement, le Vancouver Sun commentait: "Il est difficile de comprendre pourquoi le ministère de la Justice devrait se retenir. Si l'objectif de la poursuite est de découvrir d'autres conspirateurs, alors la prison est évidemment plus efficace qu'une peine pécuniaire".¹⁹ Et c'est vrai!

L'emprisonnement de cadres d'entreprise mettrait brusquement l'accent sur l'aspect personnel du délit de coalition. Parce que, comme le disait Geis, "les peines d'emprisonnement ont une influence préventive évidente sur les représentants de la société qui appartiennent à un groupe social extrêmement sensible à la suppression du statut et à la censure",²⁰ nous croyons qu'elles auraient une influence considérable dans le domaine des délits de coalition.

Recours civils

Notre étude tant de l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (quant au nombre des poursuites) que des peines et recours de droit public tels qu'ils ont été appliqués en pratique nous indiquent que les actions et les recours civils ont un rôle important et valable à jouer. D'après l'expérience américaine, même l'existence

de poursuites privées en dommages-intérêts triples n'assure pas que les auteurs de délit de coalition ne profitent pas économiquement de leurs activités illégales.²¹ Pourtant, nous croyons que le droit à des actions privées en dommages-intérêts simples est une mesure dans la bonne direction. Il existe un deuxième recours civil (probablement très utile), celui des actions collectives et représentatives. Lorsque l'application des peines de droit criminel n'est pas satisfaisante, on peut permettre des actions collectives et représentatives comme éléments d'une politique de concurrence efficace.

Partie III: Renvois en bas de pages

1. Paul K. Gorecki et W.T. Stanbury, "Canada's Combines Investigation Act: The Record of Public Law Enforcement", un document présenté à la conférence nationale sur la politique de concurrence organisée par l'Université de Toronto, Toronto, les 12 et 13 mai 1977.
2. Cette partie est tirée surtout de l'ouvrage intitulé "Penalties and Remedies Under the Combines Investigation Act, 1889-1976", de W.T. Stanbury, publié dans Osgoode Hall Law Journal, vol. 14, n° 3, 1976, pages 571 à 631.
3. (1956) 26 C.P.R. 1 à 3.
4. Ibid. à 3
5. (1954) O.R. 377 à 396
6. Stanbury, op. cit., page 593.
7. R. contre Armco Canada Ltd. et al. (1975) 6 O.R. (2d) 521; et 8 O.R. (2d) 573.
8. R. contre Ocean Construction Supplies Ltd. et al. (1974) 155 C.P.R. (2d) 224; (1975) 18 C.P.R. (2d) 166.
9. Stanbury, op. cit., tableau 9, page 631.
10. "3 light bulb firms fined a total of \$550,000 for price-fixing" Toronto Star, du 14 avril 1977, page 12.
11. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Electric Large Lamps, Ottawa, Information Canada, 1971, appendice A, page 79.
12. (1954) 18 C.R. 357; 109 C.C.C. 1; 20 C.P.R. 17.
13. (1970) 61 C.P.R. 235.
14. Ibid. à 238
15. Globe and Mail du 18 décembre 1974, p. B-2
16. Annual Report of the Director ... pour 1975-1976, p. 68.
17. Stanbury, op. cit., p. 602
18. Stanbury, op. cit., p. 571 n° 3.

19. 13 mars 1974, p. 4
20. Cité dans Stanbury, op. cit., p. 614
21. Voir Stanbury, op. cit., n° 153 les références à Erickson, Wheeler et Parker.

IV. MONOPOLE CONJOINT

L'article 31.73 du bill C-42 permet à l'Administrateur de la politique de la concurrence de demander à la Commission de la concurrence de rendre une ordonnance interdisant les monopoles conjoints. À première vue, il semble que l'article 31.73 vise un problème très complexe de la politique de la concurrence, à savoir le parallélisme délibéré. Il ne fait aucun doute que l'article 31.73 (3) étaye ce principe, car il dit:

"Aux fins du présent article, il est possible de conclure qu'un petit nombre de personnes exerce un monopole conjoint même si leur orientation parallèle ou leur comportement semblable n'est fondé que sur la reconnaissance réciproque d'un lien d'interdépendance et même en l'absence d'accord ou d'arrangement entre elles."

En fait, l'article 31.73 ne peut, à notre avis, suffire à interdire le genre de conduite dénoncé lors de procès récents entendus par les tribunaux canadiens à la suite d'accusations de parallélisme délibéré dont nous parlerons un peu plus loin. En effet, l'article 31.73 exige la preuve de trois éléments avant que la Commission de la concurrence ne puisse porter une accusation.

L'administrateur doit prouver qu'un petit nombre de sociétés (non affiliées) (i) parviennent à contrôler une entreprise ou un marché ou tentent de le faire, (ii) quelles parviennent à ce contrôle en adoptant des orientations parallèles ou des comportements semblables et que (iii) ces politiques ont pour effet de restreindre l'accès à un marché, d'interdire à un concurrent l'accès aux sources d'approvisionnement d'un produit ou aux débouchés d'un produit, d'éliminer les sources d'approvisionnement ou les débouchés d'un concurrent, d'éliminer un

concurrent en fixant des prix abusifs, de forcer un concurrent dans une voie où il ne se serait pas aventuré ou de réduire l'activité économique de toute autre façon.

L'article 31.73(1) exige la présence de tous ces éléments. L'élément le plus difficile à prouver est l'élément (iii) qui consiste à prouver que les éléments (i) et (ii) ont des effets économiques néfastes. Le fait que les sociétés commerciales aient démontré leur capacité d'obtenir des amendements favorables lors de la première lecture du bill nous autorise à croire que l'article 31.73(1) (3), qui joue le rôle de l'article "fourre-tout", sera supprimé. Par conséquent, il sera extrêmement difficile de dénoncer les cas les plus banals de parallélisme délibéré en invoquant l'article 31.73. Nous ne pouvons voir comment l'article 31.73 aurait pu être utile dans les procès dont nous parlons ci-dessous, notamment les causes Canada Cement Lafarge, Alcan, Armco ou Large Lamp.

Lors de la dernière affaire Atlantic Sugar, il aurait pu être possible de prouver qu'une ou plusieurs des actions entreprises par les trois grandes raffineries à l'encontre de Cartier Sugar constituaient des effets néfastes visées par les alinéas 31.73(1) a), d) ou e). (Voir la lettre et le document volumineux envoyés à l'honorable E. J. Benson, ministre des Finances, par Robin W.M. Austin, le 11 décembre 1970).

L'article 31.73(1) omet certains des effets moins évidents mais néanmoins très importants, de l'établissement parallèle des prix. Ils sont très bien exposés dans "The Monopolies Commission, Parallel Pricing: A Report on the General Effect on the Public Interest of the Practice of Parallel Pricing" (Londres, HMSO, juillet 1973). Le rapport distingue quatre secteurs dans lesquels "d'importants points d'intérêt public sont soulevés": les profits excessifs (pages 23-26), les coûts excessifs (pages 26-28), le progrès technique (pages 28-30) et les pressions inflationnistes (pages 30-33). Nous croyons

qu'il est utile de citer les résumés que fait le rapport au sujet des deux premiers points:

En somme, nous craignons fortement que l'établissement parallèle des prix ne mène à des profits excessifs lorsque la pratique est adoptée par plusieurs vendeurs d'un produit relativement courant dans une industrie hautement concentrée et protégée par des règlements contre tout nouveau concurrent ou tout concurrent étranger et ne permettant que d'une façon limitée la concurrence au niveau des escomptes et autres variations apportées aux prix annoncés. Dans de telles circonstances, l'établissement parallèle des prix peut très bien nuire à l'intérêt public en permettant aux compagnies de réaliser des profits excessifs. En dehors de ces circonstances, les vendeurs peuvent être moins aptes à adopter régulièrement des pratiques hautement coordonnées d'établissement parallèle des prix et leurs profits approximatifs peuvent se situer dans les limites du niveau concurrentiel. (Page 26).

Bref, la pratique de l'établissement parallèle des prix, dans la mesure où l'efficacité et les coûts sont concernés, peut avoir trois types d'effets. Primo, la structure oligopolistique favorisant la coordination des politiques d'établissement des prix, qui se traduit par le parallélisme, peut entraîner un niveau excessif de frais de publicité et autres qui n'ont rien à voir avec les coûts de production. Secondo, la restriction de la capacité concurrentielle des prix qu'implique l'établissement parallèle des prix peut retarder le processus par lequel les vendeurs les plus efficaces peuvent accroître leur part du marché. Tertio, l'affaiblissement général des forces en opposition peut réduire

les pressions exercées sur tous les commerçants, y compris ceux dont les frais de production sont les plus bas, et contribuer au maintien d'un très haut degré d'efficacité (page 28).

Les conclusions du rapport concernant le progrès technique et les pressions inflationnistes sont moins claires. "Il semble que l'établissement parallèle des prix n'ait pas d'effets précis sur les sommes consacrées au progrès technique bien qu'à priori, il est pour le moins possible que ces sommes soient en pratique moins importantes". (page 36) L'établissement parallèle des prix n'est peut-être pas la cause de l'inflation, mais il constitue une pratique qui peut perpétuer ou même accélérer le processus inflationniste". (page 37).

Nous reconnaissons qu'il n'existe aucun "remède" miracle au problème de l'oligopole étroitement coordonné. Si nous déclarons que les cas de parallélisme délibéré équivalent à un complot au sens traditionnel du terme, les condamnations seraient automatiques et fréquentes compte tenu de la structure oligopolistique de l'industrie canadienne. Mais cela repose le problème qui consiste à savoir ce qu'on entend par remède approprié. Les amendes n'ont aucune efficacité (les entreprises chercheront tout simplement à cacher leur étroite coordination et il se peut qu'elles s'exposent à des accusations de complot et la dissolution ou la dépossession visant la création d'un plus grand nombre de concurrents sont pratiquement impossibles à cause de la nécessité de réaliser des économies d'échelle.

Dans le document qui suit, nous soutenons qu'étant donné que dans de nombreux cas, le parallélisme délibéré s'accompagne de l'emploi d'une ou de plusieurs pratiques visant la coordination de la conduite des entreprises, les politiques publiques devraient contaminer ces "facteurs additionnels".

Dans son rapport sur l'établissement parallèle des prix, la Monopolies Commission mentionne que "le fait primordial auquel les vendeurs doivent faire face lorsque chacun d'eux a une part importante du marché est que les décisions de tous les vendeurs du domaine concerné de l'industrie sont interdépendantes, mais que les renseignements concernant les intentions des vendeurs concurrents sont incomplets. (page 6, souligné par nos soins).

Les "facteurs additionnels" servent généralement à faciliter l'échange non collusoire d'informations entre les entreprises. Nous croyons qu'une politique publique qui s'attaquerait avec efficacité aux piliers de la coordination qui caractérise les oligopoles pourrait très bien contribuer au regain de la concurrence des prix et à l'abaissement du niveau moyen des prix, des bénéfices et des coûts de ces oligopoles. Étant donné la façon dont il est actuellement rédigé et si notre interprétation est exacte, l'article 31.73 ne fournira pas à l'Administrateur de la politique de la concurrence une arme lui permettant de contrer avec succès les effets très répandus du parallélisme délibéré.

OLIGOPOLE ET PARALLÉLISME DÉLIBÉRÉ: THÉORIE, POLITIQUE
ET EXEMPLES TIRÉS DE L'INDUSTRIE CANADIENNE

par

W. T. Stanbury
Professeur adjoint
Faculté de commerce et
d'administration
Université de la Colombie
Britannique
Vancouver (Colombie-Britannique)

G.B. Reschenthaler
Professeur adjoint
Faculté de commerce et
d'administration
Université de l'Alberta
Edmonton (Alberta)

Une version révisée de ce document paraîtra
dans le Osgoode Hall Law Journal, Vol. 15,
No. 3, décembre 1977.

"La nature des marchés modernes favorise l'adoption de certaines lignes de conduite parallèles parmi les oligopoles, lesquelles ne dépendent pas de la loi, ni de l'existence de complots ni, enfin, des intentions financières des entreprises" -Richard E. Low Modern Economic Organization, (Homewood, Illinois, R.D. Irwin, 1970) p. 255.

"Toute une génération d'économistes a dénoncé qu'il était absurde de considérer le parallélisme délibéré comme un crime." -Martin Shubik, Strategy and Market Structure, (New York, John Wiley & Sons, 1959) pp. 285-286.

1. Introduction

Un des problèmes les plus complexes qu'on rencontre dans l'application des lois relatives aux coalitions et dans le domaine plus général de la politique publique à l'égard de la concentration industrielle réside dans la conduite des industries au sein desquelles des firmes relativement peu nombreuses sont responsables d'une grande partie de la production et développent des liens très solides d'interdépendance. Dans ces cas d'oligopoles étroitement coordonnés, le comportement réciproque des firmes et le rendement économique peuvent être très différents de ce qu'ils seraient dans un marché où la concurrence s'exercerait normalement, conditions dans lesquelles les firmes faisant partie de tels oligopoles peuvent modifier leur degré d'interdépendance.

Si les firmes vendent un produit relativement constant, comme c'est le cas dans l'industrie de l'acier, il est probable que toutes les entreprises demanderont presque les mêmes prix ou établiront une liste de prix qui correspondra à la valeur des services dispensés, notamment des services intangibles comme l'assurance d'une source fiable de matières premières. Dans de tels cas,

les prix varient très peu. Aucune entreprise ne tentera d'exiger un prix supérieur au prix établi par l'industrie étant donné que, dans des circonstances normales, aucun acheteur ne paiera un prix plus élevé. Les producteurs n'oseront pas demander moins parce qu'ils savent que leurs principaux concurrents, qui font face à la possibilité d'une érosion de leur part du marché, baisseront immédiatement leurs prix. Comme l'a fait remarquer Donald Eldon, "le simple fait d'être au courant des actions probables des concurrents...contribue à limiter la concurrence que se font les vendeurs au niveau des prix sur des marchés où ils ne sont pas nombreux."¹ Ce type de structure industrielle incitera normalement les entreprises concurrentes à fournir des prix de liste identiques et à faire valoir lors des transactions, des prix pratiquement identiques. Les rajustements ascendants des prix peuvent s'effectuer presque simultanément, sans qu'il soit besoin de conclure au préalable une entente en bonne et due forme.

Par contre, dans les domaines de l'industrie où un grand nombre d'entreprises se font concurrence mais où les quatre plus importantes représentent (peut-être) moins de la moitié du total des ventes, les ententes officieuses ou tacites qui surviennent entre les concurrents qui adoptent des lignes de conduite parallèles sont encore compliquées par le fait que les entreprises individuelles sont plus tentées d'appliquer des politiques indépendantes d'établissement des prix et de production qui visent à porter leurs profits à leur niveau maximal. Dans de telles situations, des ententes plus officielles sont ordinairement nécessaires pour obliger ceux qui ont convenu de l'entente à respecter leurs engagements. Il est possible de dénoncer de telles ententes expresses en invoquant la loi actuelle sur les coalitions. Les réunions en bonne et due forme et/ou l'échange de documents peuvent également être visés; ce sont là les éléments sur lesquels on se base ordinairement pour prouver

l'existence d'un complot au sens du Code criminel. Lorsqu'on ne réussit pas à prouver qu'il y a eu une entente expresse, il peut être possible de déduire, à partir de preuves circonstanciellles, qu'une entente tacite a eu lieu et, partant, de condamner ceux qui ont convenu de ladite entente en invoquant les dispositions de la loi sur la politique de la concurrence relatives au complot.

Toutefois, certains des cas les plus sérieux d'exercice conjoint du pouvoir mercantile par un petit nombre de firmes impliquent "des arrangements" qui ne constituent pas des ententes au sens de la définition du complot. C'est ce problème que nous devons résoudre lorsque nous parlons de parallélisme délibéré, cas dans lequel la conduite des principales entreprises d'un oligopole est étroitement coordonnée sans qu'il y ait eu collusion ou entente.

Milton Moore définit l'énigme posée par la politique de la concurrence lorsqu'il déclare:

La clé, dans l'analyse de leur conduite, c'est que la plupart des oligopoles adoptent des pratiques traditionnelles d'établissement des prix qu'on ne peut distinguer de la collusion tacite qui est presque universellement désapprouvée.²

Moore déclare ensuite:

La collusion officielle peut être réglementée, mais l'action parallèle délibérée est extrêmement difficile à déceler et encore plus difficile à prouver et il est impossible d'empêcher l'action indépendante basée sur la reconnaissance d'une interdépendance. Mais ces trois pratiques ont des effets similaires.³

Bien que la pratique du parallélisme délibéré puisse être dénuée de toute intention monopolisante et de tous les éléments courants de l'entente officielle ou même tacite, au sens de la définition qu'en donnent les tribunaux, ses effets économiques peuvent être aussi néfastes que ceux qui font suite aux complots plus courants en matière de prix ou de marché. Les prix peuvent être maintenus, durant des périodes considérables, à un niveau très supérieur au prix qui résulterait d'une concurrence s'exerçant dans des conditions normales.⁴ L'innovation et le progrès technique peuvent être supprimés ou se manifester à un rythme plus lent. La société peut conserver indéfiniment sa capacité de surproduction et non seulement constituer un fardeau pour le consommateur des produits de cette industrie, mais également interdire aux nouveaux concurrents l'accès au marché. De plus, le parallélisme délibéré peut avoir pour effet de faire monter la courbe des coûts des principales entreprises, vu le manque d'efficacité des systèmes de production et de distribution par suite de l'absence de pressions concurrentielles. Alors que les profits excessifs constituent un transfert des consommateurs vers les producteurs et n'impliquent aucune perte pour la société, l'inefficacité entraîne un gaspillage de ressources d'une grande valeur et une perte pour l'ensemble de la société.

Les auteurs du présent document examinent le problème que pose le parallélisme délibéré dans l'établissement d'une politique de la concurrence. Dans la deuxième partie du document, ils examinent la théorie économique du parallélisme délibéré et dans la troisième partie, ils exposent brièvement ce que la jurisprudence américaine dit à ce sujet. La quatrième partie est consacrée à une étude détaillée des affaires de coalitions jugées au Canada dans lesquelles le parallélisme délibéré a tenu une place importante. Les

auteurs essaient de faire le lien entre la théorie économique, le droit et la politique à l'égard de la constitution d'oligopoles étroitement coordonnés. Dans la cinquième partie, ou conclusion, nous discutons brièvement de politiques de rechange susceptibles de régler le problème du parallélisme délibéré.

II. Implications économiques du parallélisme délibéré

Lorsque la répartition, selon la taille des entreprises d'un secteur industriel est telle qu'un nombre très petit d'entreprises se partagent une fraction relativement importante des ventes, des actifs, de l'emploi ou de la valeur ajoutée, le comportement des entreprises individuelles dépend des liens qui rattachent leurs intérêts particuliers à ceux du groupe. Il est alors impossible d'étudier chaque entreprise en vase clos. Les incidences de sa politique en matière de prix et de distribution sont telles que les autres entreprises de ce secteur industriel réagissent immédiatement à ses initiatives de commercialisation. Dans une telle situation de dépendance mutuelle, les entreprises peuvent adopter, de façon tout à fait indépendante, des politiques parallèles.⁵ Chaque société peut, dans une certaine mesure, réagir aux initiatives des autres en modifiant ses prix de la même manière. Une société n'augmentera ses prix que si elle s'attend à ce que ses concurrentes fassent de même; dans le cas contraire, il est presque certain que la société qui a augmenté ses prix les ramènera rapidement à leur niveau antérieur.

Avant d'augmenter ses prix, il arrive qu'un producteur communique de façon non officielle avec ses concurrents. Les déclarations personnelles que font les directeurs de diverses sociétés d'un secteur industriel aux media ou aux groupes commerciaux et selon lesquelles il est nécessaire d'augmenter les prix, fournissent un exemple de ce genre de parallélisme.

On dit souvent dans ces déclarations que les augmentations de prix proviennent d'une hausse des coûts, et elles peuvent coïncider avec de nouvelles ententes salariales dans l'industrie. Si personne ne s'y oppose, une des entreprises pourra augmenter ses prix. Si les autres ne lui emboîtent pas le pas, elle sera obligée, sous la menace de voir son marché s'effriter, de revenir aux anciennes listes de prix.

Dans les industries où se produit un phénomène de parallélisme conscient, nous observons l'existence d'un partage du pouvoir dominant. L'attitude inculquée par ce partage du pouvoir est décrite dans le rapport de la Commission des monopoles britanniques (British Monopolies Commission) sur l'industrie des céréales. On y décrit comme suit le comportement des entreprises de l'industrie céréalière:

...environ 90% du marché est entre les mains de trois fabricants...toute réduction importante (ou manque à suivre une augmentation générale) des prix, qu'imposerait un fabricant, serait par conséquent probablement suivie par ses concurrents, puisqu'ils ne pourraient se permettre de garder leurs prix trop à l'écart de la voie tracée. Ainsi, la concurrence des prix entraînerait pour les fabricants un niveau de prix plus bas, sans apporter à personne aucun avantage de la concurrence. Nous estimons que les fabricants reconnaissent que la concurrence des prix peut être facilement imitée alors que d'autres formes de concurrence (comme par exemple une campagne de publicité bien orchestrée) peut être plus difficile à imiter. Nous croyons que la crainte de la concurrence, et le danger que l'on ressent à s'y engager, viennent de ce qu'une très grande proportion du marché est concentrée entre les mains d'un très petit nombre

de fabricants. Nous croyons que cette crainte est un des principaux facteurs qui porte les fabricants à trouver des moyens concurrentiels autres que la concurrence des prix.⁶

Le problème d'application des mesures destinées à contrer les coalitions réside en ce que le comportement d'imitation auquel nous assistons lorsque toutes les entreprises de l'industrie annoncent des changements de prix identiques dans une courte période, peuvent être le reflet d'une conspiration planifiée, ou tout simplement le reflet d'une série de décisions indépendantes du marché. Par exemple, le coût des matériaux de toutes les entreprises d'une industrie peut avoir augmenté de telle sorte qu'il est nécessaire d'accroître les prix pour maintenir un profit concurrentiel. Toutes les entreprises savent que les coûts se sont accrus, et qu'une augmentation des prix est nécessaire; une entreprise annonce-t-elle une augmentation des prix: toutes les autres suivent le mouvement et augmentent leurs prix, se disant que, si elles vendent sensiblement les mêmes produits, leurs prix doivent être les mêmes, ou très semblables. Il n'y a pas eu coalition au sens juridique du terme. Chaque entreprise a pris sa propre décision, mais en se fondant sur des facteurs communs, et en toute connaissance de l'interdépendance des principales entreprises du marché. D'autre part, ce processus ne peut être qu'une façade permettant aux entreprises de l'industrie de maintenir des prix ultra concurrentiels; elles se justifient en disant qu'elles doivent faire face à des coûts accrus.

Dans cet exemple, il est impossible de déterminer avec certitude laquelle des deux interprétations est la bonne. Comment le législateur traitera-t-il de ce problème? Les discussions sur le parallélisme conscient fait habituellement ressentir qu'il est impossible pour les organismes anti-trust d'attaquer en pareilles situations, puisque chaque entreprise a agit indépendamment et qu'il

n'y a aucune preuve d'une entente au sens juridique du terme. On prétend qu'il n'y a même pas eu d'entente tacite, et qu'il est impossible d'inférer qu'il y a eu entente tacite, à partir de l'existence d'un parallélisme conscient. Mais nous devons déterminer précisément ce que nous entendons par le fait que chaque entreprise agit indépendamment, dans le contexte d'un oligopole. Il nous vient à l'esprit au moins deux sens différents: (1) chaque entreprise prend la meilleure décision, en tenant pleinement compte de sa situation, sans tenter de communiquer avec les autres membres de l'industrie. (2) Chaque entreprise prend la meilleure décision possible, sans se rapporter à sa situation d'interdépendance. Mais cette proposition n'est-elle pas illogique dans le cas d'un oligopole? Tout dépend de ce qu'on entend par indépendant. Voici quelques définitions du mot prises dans le dictionnaire: "non assujetti à l'autorité d'autrui; autonome; auto-déterminé; non dépendant et ne faisant pas partie d'un groupe ou d'un système important; non affecté ou influencé dans ses actions, dans ses opinions, etc..."⁷ Dans son essence même, un oligopole est composé d'un petit nombre d'entreprises, de sorte qu'elles sont toutes interdépendantes; un changement des prix ou de la production d'une d'entre elles a des effets décelables sur toutes les entreprises du marché concerné. Bref, pour survivre, un partisan de l'oligopole ne peut s'auto-déterminer ni être autonome. Il est, en fait, dépendant, et partie intégrante de quelque groupe ou système plus grand. Il est affecté et influencé dans ses actions par les autres, notamment les autres membres de l'industrie.

Nous concluons que, dans le contexte d'un oligopole, un comportement indépendant de la part des entreprises ne peut que signifier que ces dernières prennent des décisions, sans tenter de communiquer (sauf par leurs actions, qui transmettent naturellement des renseignements) avec les autres entreprises de l'industrie. Demander à un partisan de l'oligopole de se comporter de façon indépendante, c'est-à-dire de ne pas tenir compte des actions et des réactions

de ses concurrents, soit le sens (2), c'est lui demander d'agir de façon irrationnelle.

Pour empêcher les partisans de l'oligopole de fixer les mêmes prix que leurs rivaux, il faudrait revoir considérablement les règles établies du marché. Cela n'entraînerait pas nécessairement le chaos, mais ne voudrait probablement pas dire l'élimination d'un comportement imitateur. Il serait peut-être très difficile de faire appliquer les injonctions (c'est-à-dire des ordonnances d'interdiction) qu'il s'agisse de produits normalisés ou différents. En empêchant les entreprises d'imposer des prix identiques dans une industrie où le produit et le service vendus sont essentiellement les mêmes, on les poussera peut-être simplement à adopter des écarts de prix minimes, qui seront contrebalancés par des écarts dans les prix des services auxiliaires.

Dans les industries où l'on vend un produit normalisé, les acheteurs tenteront souvent d'ignorer les prix marqués, mais dans la plupart des cas, les prix non marqués sont aussi identiques. Cela peut se produire parce que les représentants des ventes des principales compagnies disent aux clients de communiquer avec eux pour obtenir les nouveaux prix avant d'acheter un produit à un prix inférieur annoncé par un concurrent. Dans chacun des cas, l'interdiction de publier des prix marqués ne résoud pas le problème, bien que la stabilité des prix de certaines industries pourrait être touchée par une telle exigence.

Le modèle de Phillips

Dans les marchés d'oligopoles plus complexes, les accords mutuels se font plutôt par des ententes tacites que par des ententes ouvertes et explicites. On reconnaît une identité de groupe, et le fait que la stabilité

de l'industrie ne peut être atteinte que par des décisions de groupe. En ce sens, ces ententes ont tendance à se fonder sur les compromis de la part des participants. De façon générale, les économistes ne se sont pas engagés dans l'étude des comportements des groupes et l'ont laissée aux sociologues, aux psychologues sociaux et à d'autres scientifiques du comportement. Toutefois, depuis la rédaction du document de Chamberlin⁸ on reconnaît l'existence d'une dépendance mutuelle dans la plupart des marchés industriels. Henderson a expliqué le caractère omniprésent de l'interdépendance, dans tous les marchés autres que ceux parfaitement concurrentiels, en déclarant:

Il peut y avoir des milliers d'épiciers, et pourtant, chacun d'entre eux sera étroitement touché par un très petit nombre d'épiciers voisins qui peuvent être géographiquement rapprochés, ou desservies, ou attirent le même genre de clients. Parmi les douzaines de fabricants d'appareils électriques, chacun compte son petit groupe de rivaux. Une industrie c'est comme une forêt; chaque arbre est éloigné de presque tous les autres arbres, mais chacun a ses proches voisins. Ce qui, au premier abord, ressemble à une industrie imparfaitement concurrentielle, est en fait une série d'oligopoles reliés les uns aux autres.⁹

Almarin Phillips a consulté les documents des sociologues et appliqué la théorie de groupe au comportement des entreprises dans un marché d'oligopolistique.¹⁰ Selon le modèle de Phillips, la reconnaissance de l'interdépendance se développe dans les marchés oligopolistiques, où les actions parallèles montrent que les producteurs ou les vendeurs se rendent compte qu'ils sont membres d'un groupe. Au sein du groupe, du moins pour certaines fonctions, on reconnaît un chef, et un code, écrit ou verbal, établissant les règles de conduite des membres du groupe les uns vis-à-vis les autres, et vis-à-vis des non membres, se dessine.

Les conflits au sein du groupe tendent à être étroitement réglementés par ce code. Ainsi, au sein d'un oligopole, on retrouve souvent un chef de file dans le domaine des prix, et rarement le conflit le plus menaçant qui puisse exister à l'intérieur d'un groupe, soit une concurrence des prix. Toutefois, on peut accepter, en tant que forme de rivalité bénigne, une concurrence non fondée sur les prix. L'industrie, en tant qu'organisation, tout comme l'entreprise en tant qu'organisation, a des règles; cela ne veut pas dire que l'échec et le succès des divers participants sont considérés comme indésirables. Ce comportement de stabilisation du marché peut entraîner soit un monopole partagé ou une segmentation du marché, dans laquelle chaque entreprise exerce son pouvoir dans un sous-marché.

D'après la théorie de Phillips:

Le groupe, par opposition à ses membres, a un objectif général -- celui de fournir et d'appliquer des normes de conduite qui élimineront l'incertitude qui accompagne les marchés dans lesquels les entreprises sont dans un état d'interdépendance. L'absence de toute action de groupe nuirait aux diverses entreprises dans la réalisation de leurs sous-objectifs. Ainsi, bien que l'objectif du groupe puisse être étroitement relié aux sous-objectifs des entreprises, le fait d'être membre du groupe du marché signifie que l'entreprise doit sacrifier une certaine partie de son autonomie et de sa liberté, pour réaliser son propre sous-objectif au détriment de celui des autres entreprises.¹¹

et Phillips de poursuivre:

Quand ce processus est appliqué unilatéralement, un accroissement des profits pour une entreprise donnée signifie souvent une diminution des profits pour une autre; une plus large part du marché à une entreprise signifie une plus petite part du marché à l'autre. Les représailles -- la rivalité -- peuvent vouloir dire que les sous-objectifs d'aucune compagnie ne sont atteints. L'organisation des communications entre les diverses entreprises -- tacites et officieuses dans le cas du petit oligopole -- tente de résoudre ces conflits à l'avantage de tous, plutôt qu'au détriment de tous.¹²

Dans le cadre d'un groupe semblable, un élargissement du groupe menacerait l'efficacité des ententes implicites, et susciterait probablement la nécessité d'en arriver à des ententes officielles. Au Canada, les coalitions les plus complexes impliquaient huit parties ou plus.¹³

La présence d'un chef permet de surmonter certains des problèmes de cohésion. Les écarts dans les postes importants permettent de créer un ordre social stable au sein du groupe. Le chef devient un substitut de l'organisation officielle et assure, dans la pratique, la subordination des objectifs des sous-groupes à ceux du groupe.¹⁴

L'étude de Phillips sur l'orientation du comportement et le fait qu'il reconnaisse qu'il est logique et opportun d'établir des règles de jeu raisonnables pour le comportement de groupe, sont expliqués de façon appropriée dans son observation suivante:

Les questions importantes, dans les cas de parallélisme conscient, ne portent pas sur le fait que les entreprises impliquées aient, oui ou non, conclu une entente ou communiqué entre elles, quant au prix ou d'autres questions de rivalité. En raison de la

petitesse du groupe des entreprises des marchés oligopolistiques simples, il est certain (s'il n'y a pas une guerre des prix ouverte) que les entreprises ont, de par leur comportement, communiqué et jusqu'à un certain point, se sont entendus sur certains aspects de conduite. La concurrence ne peut qu'être limitée au sein du groupe et le comportement est dicté et tempéré par l'organisation officieuse qui existe entre les entreprises. Leur entente, bien qu'elle porte sur des sujets différents, et que leur durée et leur efficacité diffèrent peuvent être aussi complètes que celles conclues grâce à des moyens de communication explicites et ouverts, et une organisation officielle, dans les marchés qui comportent de nombreuses entreprises. Les questions importantes portent donc sur la capacité de l'organisation à restreindre la rivalité, et sur les répercussions probables de ces restrictions sur le rendement du marché.¹⁵

Pour Phillips, le comportement de groupe des entreprises oligopolistiques porte essentiellement sur la concurrence de coopération: soit limiter les frontières de la rivalité et éviter la concurrence excessive ou destructive. Dans un oligopole, les participants reconnaissent l'importance du comportement de chacune des principales entreprises sur toutes les autres entreprises possédant une part importante du marché. Se rendant compte de leur interdépendance, les entreprises reconnaîtront qu'il est de leur intérêt respectif d'adopter des pratiques de fixation des prix non concurrentiels. Une unité d'objectifs ou une compréhension et un modèle commun se dessinent; la monopolisation collective s'ensuit, sans qu'il n'y ait eu d'entente ouverte. Pour Phillips, le comportement du parallélisme conscient est un comportement naturel qui ne va pas nécessairement à l'encontre des intérêts du public.

III. L'oligopole et les cas d'antitrust américains: parallélisme conscient et un peu plus

Etant donné l'inaptitude manifeste des économistes à résoudre de façon satisfaisante le problème du parallélisme conscient, il n'est pas étonnant que les tribunaux n'aient pas voulu parler de coalition lorsque des décisions commerciales indépendantes, prises sans qu'il n'y ait eu communication officielle entre les entreprises, engendraient des résultats semblables. On n'a jamais considéré le parallélisme conscient en soi comme un motif valable de condamnation en vertu des dispositions sur les coalitions des lois antitrust. On ne considérerait pas pareilles décisions comme une entente (une idée commune qu'on a l'intention de mettre en vigueur) si elles comprenaient uniquement des réponses indépendantes de la part des concurrents individuels dans une situation économique donnée.

De nombreux cas de parallélisme conscient ou de coalition implicite ont été soulevés aux Etats-Unis. Les professeurs Turner¹⁶, Phillips¹⁷ et Posner¹⁸ ont examiné ces cas de façon approfondie, et leurs analyses ont permis de comprendre davantage le problème. Dans tous les cas qui ont fait l'objet de poursuites fructueuses aux Etats-Unis, lorsqu'il y avait la preuve d'un comportement allant au-delà de l'adoption de mesures indépendantes parallèles qui, par coïncidence, servaient les intérêts respectifs des concurrents. Dans le cas de C-O-Two¹⁹, le juge de la Cour d'appel a décrit ces autres modèles de comportement comme des facteurs additionnels.

Dans ce que Scherer a appelé son "plaidoyer de maître de jury"²⁰, le juge de district Marvin Frankel, dans le cas Pfizer²¹, a résumé de façon appropriée la position des tribunaux américains face au parallélisme conscient, en déclarant:

... le jury doit souvent décider s'il y a eu coalition en se fondant davantage sur ce que les parties concernées ont fait que sur ce qu'elles ont dit. Il est possible de démontrer qu'il y a eu entente illégale si on peut prouver qu'il y a eu une action concertée, et que toutes les parties ont travaillé consciemment ensemble en suivant un modèle unique, à la réalisation d'un objectif commun ... Il n'est pas suffisant de démontrer que les parties ont agi de façon identique ou semblable, ou de façon qui semble avoir profité à chacune d'entre elles. Si ces actions étaient prises indépendamment, en vue d'un jugement commercial individuel, sans aucune entente, arrangement ou accord²² entre les parties, il n'y aurait alors pas coalition.

Il vaudrait la peine de passer brièvement en revue certaines affaires survenues aux Etats-Unis qui se sont avérées marquantes; il s'agit de cas au regard desquels on disposait de preuves d'un comportement intentionnellement parallèles, en rapport avec les facteurs déterminants, pour condamner les intimés; ces faits révèlent de nombreux renseignements au sujet des "facteurs déterminants". Nous en exposons certains brièvement:

(1) Dans l'affaire Eastern States Lumber Dealers' Association²³ la distribution (par une association de vendeurs de bois de construction au détail) d'une liste de grossistes, qui agissaient aussi en tant que vendeur au détail, a amené les vendeurs au détail, individuellement et indépendamment, à opposer un boycott aux grossistes. Le tribunal a conclu qu'il y avait eu complot. Dans cette affaire, la publication de la liste a constitué un "facteur déterminant".

(2) Dans l'affaire Interstate Circuit²⁴, deux imposantes chaînes régionales de projection cinématographique ont fait parvenir aux huit grands distributeurs de la région de films des lettres identiques exposant les règles de distribution qu'il conviendrait d'appliquer dans le cas des films montrés en primeur. Chaque lettre contenait les noms des huit destinataires. Chacun a observé les règles recommandées et, par conséquent, les directeurs indépendants de salles de projection se sont trouvés dans

l'impossibilité d'obtenir des films en primeur. Les tribunaux ont conclu au complot puisque cette action concertée était préméditée et favorisée, du fait que tous les distributeurs savaient qu'ils avaient reçu des lettres identiques. Dans cette affaire, la distribution de ces lettres identiques a constitué le facteur déterminant.

(3) Dans l'affaire American Tobacco²⁵, trois sociétés productrices de tabac avaient la mainmise sur 90% du marché américain depuis deux décennies, avaient fixé des prix identiques. Chacune avait augmenté les prix de montants identiques au plus fort de la crise économique en 1931, au moment où les coûts de la main-d'oeuvre et des matériaux diminuaient. Chacune a indépendamment exercé des pressions sur les vendeurs au détail pour imposer des prix de revente identiques. Aucune ne participait aux enchères de tabac en feuille en l'absence des deux autres. Par contre, elles participaient à des ventes publiques qui étaient organisées de telle façon que toutes trois payaient les mêmes prix. Il n'existait aucune preuve de réunion ni d'entente formelle. Les augmentations de prix identiques, à la période la plus sombre de la crise économique, ont constitué le principal facteur déterminant. Toutefois, le tribunal a conclu au complot en raison de cette combinaison de circonstances.

(4) Dans les affaires Hardwood Manufacturers' Association²⁶ et American Linseed Oil Co.²⁷, la Cour suprême des Etats-Unis a conclu que l'envoi de listes de prix détaillées et d'éléments de facturation ainsi que de précisions sur les cotes de prix hors-listes et sur les transactions, aux membres d'une association commerciale, en plus d'une incitation à s'en tenir strictement aux prix établis suffisaient pour qu'elle conclue au complot. Dans ces affaires, la distribution de données précises sur les prix de vente réels, en plus d'une incitation à s'en tenir strictement

aux prix de liste, ont constitué le facteur déterminant. Toutefois, dans une affaire où les ventes effectuées à des prix hors-liste représentaient 25% des ventes totales et où l'association n'avait nullement tenté d'inciter les membres à s'en tenir aux prix de liste, les intimés ont été acquittés.²⁸

(5) La Cour suprême des Etats-Unis a conclu que l'adoption de systèmes de fixation des prix de livraison, dans l'industrie des tuyaux de béton et de matériaux rigide, qui a entraîné l'établissement de prix identiques pour tous les clients, sans égard au point de livraison, était un motif suffisant pour conclure au complot.²⁹ Le refus de fournir les prix f.o.b. ainsi que la sélection de points de livraison identiques ont constitué le facteur déterminant.

Dans la précédente affaire, comme dans les autres, les modèles de comportement suivants juxtaposés à l'établissement de prix parallèles ont été considérés comme des preuves de complot dans des arrêts américains en matière de lois contre les trusts:

- 1) uniformisation du produit;
- 2) échange de prix de détail et de données sur les transactions entre des entreprises concurrentielles;
- 3) mouvements de prix imprévisibles;
- 4) utilisation de points de livraison uniformes dans l'établissement des modèles de prix;
- 5) refus global de marchander (boycotts du vendeur ou de l'acheteur) et ententes territoriales exclusives;
- 6) ententes uniformes de délivrance de permis;
- 7) achats parallèles afin de soutenir collectivement

- le prix d'un produit substitut;
- 8) présentation d'appels d'offre scellés identiques
à un gros acheteur;
- 9) revenus unitaires anormalement élevés;
- 10) distribution de pièces de correspondance identiques
portant sur des pratiques d'établissement de prix
ou de distribution à tous les vendeurs ou acheteurs
d'un marché.

La mise en application énergique d'une loi modifiée contre la constitution de monopole prévoyant l'interdiction d'un grand nombre de ces "facteurs déterminants", y compris tout effort que peuvent déployer les membres d'une industrie pour inciter des rivaux à adopter leurs prix de liste ou leurs initiatives en ce domaine, pourrait être la mesure la plus efficace qu'un texte de loi contre la constitution de monopole puisse mettre en application. Cette politique d'un comportement type n'interdira, ni n'autorisera l'engagement de poursuites dans des cas patents d'orientations parallèles intentionnelles. Cette pratique ne serait pas visée par la loi actuelle puisque ces questions relèvent des complots prévus en droit pénal. Le juge Clark de la Cour suprême, exprimant l'opinion de la majorité, dans l'affaire la Theater Enterprises c. la Paramount Film Distributing Corp.³⁰ a résumé le litige de cette façon:

La grande question est de savoir si la conduite (des intimés) ... a découlé d'une décision indépendante ou d'une entente, tacite ou formelle. Il est certain que le comportement adopté dans la conduite

des affaires commerciales peut constituer une preuve à partir de laquelle celui qui rassemble les éléments de preuve peut conclure à l'existence d'une entente ... Mais ce tribunal n'a jamais soutenu que la preuve d'un comportement parallèle permette d'établir d'une manière concluante qu'il y ait eu entente ou, autrement dit, que ce comportement en lui-même constitue une infraction à la loi dite Sherman Act. La preuve d'un comportement parallèle, déduite des circonstances, peut avoir grandement modifié le point de vue judiciaire à l'égard du complot, mais "l'adoption d'orientations parallèles" n'a pas encore été interprétée comme étant un complot aux termes de la loi dite Sherman Act.³¹

Dans un ouvrage publié en 1968, Eugene M. Singer faisait remarquer que les affaires d'accusation de complot et d'orientations parallèles démontrent que dans la lutte contre la constitution de monopoles les moyens adoptés ont moins d'importance que les buts atteints ... Du point de vue juridique, les moyens par lesquels on arrive à imposer des prix identiques sont extrêmement importants.³²

IV. Examen d'affaires canadiennes

L'affaire Canada Cement Lafarge

Ce n'est qu'en 1973, soit plus de 75 ans après l'adoption du premier texte de loi contre les trusts au Canada, qu'une question d'orientation

parallèle a fait l'objet de poursuites judiciaires. Dans cette affaire, la Reine contre la Canada Cement Lafarge Limited et autres³³, quatre producteurs de ciment ont été acquittés à la suite d'une audition préliminaire relativement à une présumée infraction à l'article 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Le juge Camblin de la cour provinciale a conclu que:

Les prix établis par les sociétés sont le résultat d'orientations parallèles et les sociétés sont donc acquittées.³⁴

Il aurait conclu en ce sens à la suite d'un discours prononcé en octobre 1962 par M. D.H.W. Henry, qui était alors directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, et selon lequel:

L'adoption d'orientations parallèles, s'il n'y a pas eu entente entre les membres de l'industrie concernée, ne constitue pas une infraction. Ceci en raison même de l'absence d'entente, puisqu'il n'existe aucune preuve d'entente ni d'accord nécessaire pour qu'il y ait infraction de complot. Je dois toutefois souligner qu'il en est ainsi seulement en l'absence d'entente.³⁵

A l'époque où M. Henry faisait cette déclaration, il n'existait aucun précédent juridique canadien sur lequel il aurait pu s'appuyer. Apparemment, M. Henry aurait ainsi outrepassé le cadre de ses fonctions de directeur des enquêtes et recherches sur le commerce au Canada en faisant état de son avis sur un principe de droit, ce qui allait avoir des implications beaucoup plus vastes qu'il n'aurait pu le croire. Quelques mois plus tard,

la Canadian Steel Warehousing Association publiait une brochure intitulée Permissible Trade Practice in Conformity with the Combines Investigation Act; or, dans cette publication, les paroles de M. Henry sur un oligopole et les orientations parallèles étaient citées à l'appui de la proposition sous-entendue dans le titre de la brochure.³⁶ Ce n'est que onze ans plus tard que M. Henry a été admis à la Cour suprême de l'Ontario et est ainsi devenu habilité à faire une telle déclaration.

Les faits rassemblés dans l'affaire Canada Cement Lafarge sont intéressants puisqu'ils fournissent l'exemple d'un oligopole concentré produisant un produit homogène, le ciment Portland, dans un marché régional, l'Ontario. Le juge Camblin révèle que la société Canada Cement accapare environ 40% du marché, et les trois autres grands producteurs 25%, 20% et 12% respectivement. Il déclare qu'entre 1955, date à laquelle l'enquête a été lancée, et le milieu de l'année 1959, les accords de commercialisation étaient dans un état assez chaotique à cause, entre autres choses, de l'existence d'allocations de fret incohérentes. Le juge soulignait que depuis 1959, une certaine harmonie s'est établie ...³⁷. A tel point que pour d'importants contrats du gouvernement des appels d'offre identiques ont été reçus et que les prix demandés par toutes les grandes sociétés de différentes régions étaient identiques, à quelques rares exceptions. L'avocat de la Couronne a soutenu que cette tendance était le résultat d'un complot illégal. Le juge Camblin a conclu:

L'avocat de la défense, j'en suis certain, conviendra que la Couronne a prouvé que les sociétés en cause utilisaient un système d'établissement des prix tenant

compte du facteur de fret de base qui ne peut avoir
été mis au point par pur hasard.³⁸

Il poursuivait pour citer les propos mêmes de M. Henry sur la nature d'un oligopole, d'orientations parallèles (que M. Henry définit comme étant la tendance d'un petit groupe d'entreprises constituant une industrie à agir d'une manière plus ou moins uniforme), et l'ubiquité d'appels d'offre et de prix de vente identiques. Ayant, apparemment, conclu que l'adoption généralisée d'un plan d'établissement des prix découlait d'une entente illégale (tacite ou formelle), le juge Camblin a poursuivi pour adopter un point de vue, que ne partageait pas l'enquêteur national sur les coalitions, et conclure que l'orientation parallèle n'est pas interdite aux termes de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Raisonnement étourdissant, sinon illogique. D'abord parce que le prétendu complot visant à définir le modèle d'établissement de prix à la livraison (qui aboutirait à l'imposition de prix identiques par tous les fournisseurs à tout client) date de 1959, et parce que la dénonciation n'a été faite que le 1er décembre 1972, la Couronne n'a pas procédé par voie de mise en accusation. Cette décision doit être considérée comme étant à tout le moins une petite victoire pour ceux qui utilisent un plan d'établissement du prix à la livraison.

L'affaire Alcan

La décision rendue dans l'affaire la Canada Cement Lafarge a été invoquée à l'appui de l'acquittement de quatre extracteurs d'aluminium accusés d'avoir enfreint l'article 32(1)(c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en mai 1975. Dans l'affaire La Reine c. la Aluminum Company of Canada Limited et autres³⁹, le juge Joncas a fait savoir que les

quatre accusés produisaient au total environ 86% du minerai d'aluminium extrait au Canada et que la société Alcan, le plus important producteur, imposait les prix dans cette industrie. Le juge a résumé la situation de cette façon:

En 1967, les co-accusés ont adopté la nouvelle liste de prix de la société Alcan et en ont informé leurs clients. La société Alcan suivait de près les activités de ses concurrents et a constaté qu'à l'occasion certains ne s'en tenaient pas à sa liste de prix. En janvier 1967, la société Alcan a d'elle-même augmenté le coût de ses lingots d'aluminium de 0.01¼ de cent la livre. En 1968, elle a à nouveau augmenté ses prix et les co-accusés ont fait de même. La société Alcan continue de suivre de près les activités du marché. Le minerai brut a subi une nouvelle augmentation de 0.01¼ de cent la livre.⁴⁰

Le juge Joncas a cité un extrait d'une lettre adressée à un cadre de la société Alcan, à un autre d'une société désignée comme un conspirateur (qui était aussi la société-mère de l'une des sociétés accusées) et dans laquelle il était écrit:

Vous vous souviendrez que c'est vous, c'est-à-dire la société Alcan, qui avez communiqué avec moi au début de l'année au sujet d'une nouvelle liste que nous avons d'ailleurs fidèlement respectée.⁴¹

Il a demandé: "Est-il possible de conclure, à partir des éléments de preuve, qu'il y a eu entente au détriment du public?" Il a conclu: "La société Alcan, le chef de file, a augmenté ses prix deux fois et les co-accusés ainsi que Daymond (un co-conspirateur), ont fait de même", et il ajoutait,

qu'il ressort clairement que la concurrence entre les accusés était très forte avant, pendant et après les augmentations."⁴²

L'affaire Canada Cement Lafarge est, selon le juge, semblable à celle dont est saisi le tribunal et il cite les propos de M. Henry dont nous avons déjà fait mention dans cette affaire.

Au cours d'une audience préliminaire, le juge est tenu de libérer la personne accusée en conformité de l'article 475 du Code criminel, "s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement." Le juge Joncas résume la question ainsi:

Si la preuve soumise au tribunal avait été présentée à un jury raisonnable et adéquatement informé, ce dernier rendrait-il un verdict de culpabilité en s'appuyant sur de telles preuves?⁴³

Il a conclu que non et a acquitté les quatre sociétés accusées. Il est pratiquement impossible de comprendre le raisonnement suivi dans cette affaire parce qu'il est complètement décousu. Apparemment, après la présentation de revendications par les intimés au ministère de la Justice et les fortes pressions exercées par les supérieurs du Bureau de la politique de concurrence, la Couronne a intenté des poursuites et le jugement au fond a été fixé pour l'automne de 1976.

L'affaire Armco

Entre la conclusion des affaires Canada Cement Lafarge et Alcan, la question d'orientations parallèles a fait l'objet d'une décision du juge Lerner dans l'affaire Armco⁴⁴ conclue le 19 septembre 1974.

Dix sociétés étaient accusées d'avoir enfreint l'article 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions dans le cadre d'un complot visant à établir le prix de conduits de métal ondulés, en Ontario et au Canada, de novembre en 1962 à août 1967. Onze particuliers, une association commerciale et cinq sociétés ont été cités en tant que co-conspirateurs. Cette affaire illustre parfaitement le processus par lequel des concurrents qui font partie d'un oligopole auquel il est facile d'adhérer et qui commercialisent un produit homogène, en arrivant à une "coordination spontanée", stimulés qu'ils sont par des incitations à adopter une "politique ouverte d'établissement des prix", puisqu'ils se fondent sur la reconnaissance de leur dépendance mutuelle, et leur aptitude à agir est liée à cette reconnaissance.

En 1958, les ventes de conduits de métal au Canada (en tonnes) ont augmenté de 6% par rapport à celles de l'année précédente. En 1959, elles ont augmenté de 11%, mais en 1960 elles accusaient une diminution de 10% par rapport à la production de 1959. Les ventes totales effectuées au Canada en 1961 excédaient de près de 10% celles de 1960.⁴⁵ En novembre 1961, le Corrugated Metal Pipe Institute a été constitué en corporation. A la fin de 1962, neuf producteurs de l'Est et une société de l'Ouest en étaient des membres actifs et trois grandes aciéries (les fournisseurs du matériau brut) en étaient membres associés. Apparemment, il y avait au début des années soixante un important excédant de capacité de production. En 1957, 15 producteurs exploitaient 37 usines et en 1962, 22 producteurs en exploitaient 49. Un cadre de la société Armco a révélé qu'en 1963, l'industrie ne fonctionnait qu'à 30% de sa capacité. Il a aussi fait mention

de la facilité d'adhésion: il suffisait en effet d'effectuer un investissement de 40,000 à 50,000 dollars; il a même révélé que ce processus de fabrication aurait pu être mis en application dans une grange.⁴⁶ Le président de l'Institut, qui était aussi président de la société Armco, le plus important producteur, décrivait la situation comme "une concurrence acharnée". Le juge Lerner concluait que pendant les exercices financiers 1962-1963 et 1963-1964, les contrats accordés par le ministère des travaux publics de l'Ontario témoignaient d'une vive concurrence entre les producteurs de conduits de métal ..."⁴⁷. Selon le RTPC: "la participation des sociétés ayant leur siège social en Ontario et exploitant le marché canadien était, dans l'ordre, en 1963: l'Armco 42.3%, la Rosco 14.2%, la Westeel 12.5%, la Robersteel 7.5%, la Pedlar 7.1%, l'Ontario Culvert 3.5% et le taux de participation de six autres sociétés s'échelonnait de 0.8% à 1.5%.⁴⁸ La concurrence a manifestement été intensifiée par les fabricants de tubes de béton, qui fournissaient des tubes de canalisation et de drainage (c'est-à-dire des conduits).

En novembre 1962, un administrateur de la Robertsteel a présenté l'idée d'une "politique de prix facultatifs" lors d'une réunion du Corrugated Metal Pipe Institute. Par la suite, dans une lettre adressée aux administrateurs de l'institut, cet administrateur (M. Turney) a proposé d'adopter la politique de la Canadian Steel Warehousing Association (dont la Robertsteel faisait partie). Lerner J. a ainsi décrit la politique suivie:

La "politique des prix facultatifs" voulait que chaque

entreprise établisse ouvertement ses prix dans un document manuscrit ou imprimé, comprenant aussi les escomptes et conditions de crédit, et que les clients, les concurrents et le public puissent les consulter.⁴⁹

Mais comme le juge l'a fait remarquer, le véritable objectif, d'après les termes mêmes de M. Turney, était "que les prix s'ajustent eux-mêmes aux exigences de chaque producteur individuel, et traduisent finalement le véritable état du marché qui s'exprime par les forces naturelles de la concurrence connue"⁵⁰. Lerner J. a prouvé qu'il pouvait simplifier le jargon commercial en affirmant qu'"une politique de prix facultatifs permettrait d'empêcher, au profit des clients, la concurrence qui consiste à réduire les prix et qu'exercent tous les fabricants"⁵¹. Non seulement la concurrence active au niveau des prix serait-elle abolie, mais encore, l'Institut pourrait-il légalement, grâce à la politique des prix facultatifs, obtenir les résultats escomptés, c'est-à-dire qu'il ne pourrait être accusé de complot visant à amoindrir excessivement la concurrence aux termes de la Loi sur les coalitions. Le président de la Canadian Steel Warehousing Association a souligné ce point dans un discours qui a été annexé à la lettre envoyée par M. Turney aux grands fabricants de conduits métalliques. Les termes mêmes du président de la C.S.W.A. indiquent qu'il est conscient du parallélisme de la politique de la concurrence:

Le critère (de la légalité) vise à déterminer si le prix uniforme est le fruit de mesures librement concurrentielles et indépendantes de la part de chaque industriel ou bien d'une entente.⁵²

Autrement dit, si les entreprises sont capables de coordonner spontanément

leur action sans connivence, sans complot ni même entente tacite, elles ne peuvent être condamnées aux termes de l'article 32 existant. Lerner J. pose le problème des poursuites de façon saisissante lorsqu'il dit: "Toute constatation d'entente ... devrait être le fruit de conclusions, fondées sur la règle de l'affaire Hodge, ... qu'il y a eu entente tacite entre ou parmi les accusés"⁵³. La difficulté du problème réside dans l'application de cette règle, qui stipule que, lorsque la preuve d'un complot ne repose pas sur des preuves directes, mais qu'elle est déduite de preuves indirectes, les conclusions tirées des actes et paroles des accusés ou de leurs agents doivent correspondre uniquement à l'établissement d'un accord ou entente illégal ou illicite et non à toute autre conclusion rationnelle voulant que les accusés soient coupables de ce dont ils ont été accusés⁵⁴.

Après avoir défendu la politique des prix facultatifs devant la Steel Warehousing Association, M. A.D. Russell, de Russell Industries, a prononcé une allocution sur le même sujet en février 1963 devant le Corrugated Metal Pipe Institute. Il a exhorté son auditoire, composé de 50 personnes représentant 15 sociétés, à se rendre compte des avantages de la stabilisation des prix, en décrivant la réduction des prix concurrentiel comme une "concurrence inintelligente ... et aucune théorie économique"⁵⁵. Il a allégué que des listes de prix facultatifs établissaient des faits que les hommes d'affaires pouvaient utiliser pour formuler leurs propres décisions en matière de vente, mais il a également indiqué qu'ils n'avaient pas le droit de les utiliser avec des concurrents "pour formuler des décisions conjointes relatives à la vente, quelque intelligentes qu'elles

puissent paraître"⁵⁶. Pour un économiste, il est clair que les hommes d'affaires reconnaissent la valeur de ces listes de prix facultatifs comme moyen de faciliter la coordination des comportements des entreprises et de leur permettre ainsi d'agir en reconnaissant leur interdépendance. M. Russell a, en des termes éloquents, parlé de la nécessité d'inculquer aux industriels la reconnaissance de cette interdépendance.

... il devient nécessaire de faire savoir clairement à tous les industriels, par un processus éducatif, que nul homme n'est une île à lui-même, et que toute action, importante ou non, entraînera finalement une réaction ...⁵⁷

Il a conclu en disant que "le droit de diriger les prix ... n'appartient pas à un groupe choisi, mais il peut être assumé à volonté, même par le membre le moins important et le plus faible."⁵⁸ D'un point de vue économique, les propos de M. Russell sont, à cet égard, très censés. Comme nous le rappelle Milton Moore, dans le contexte d'un oligopole homogène, c'est l'entreprise la moins disposée à augmenter les prix et la plus encline à les diminuer qui les fixe.⁵⁹

Au cours du mois suivant le discours de M. Russell, l'avocat de l'Institut (M. Pepper) a envoyé à M. D.H.W. Henry, directeur des enquêtes et des recherches (Loi relative aux enquêtes sur les coalitions), une lettre dans laquelle, selon les termes de Lerner J., "il lance un ballon d'essai". Il a dit avoir prévenu les membres de l'Institut qu'"il serait dangereux de tenter d'introduire la politique (des prix facultatifs) par une entente tacite ou formelle".⁶⁰ Il a poursuivi en disant respectueusement aux entreprises qui n'avaient pas adopté cette politique: "C'est une chose

que d'éduquer ou d'exhorter, c'en est une autre de persuader par incitation ou contrainte."⁶¹ La légalité de l'application d'une politique des prix facultatifs a été décrite ainsi par M. Pepper:

Si tous les membres de l'industrie des conduits métalliques publient des prix identiques et présentent ensuite des offres identiques, comment peut-on persuader un élément extérieur objectif, c'est-à-dire un juge de la Cour suprême, que ces prix ont été fixés de façon indépendante, sans qu'il n'y ait eu connivence?⁶²

Avant l'envoi de cette lettre de M. Pepper, M. Henry avait rencontré M. Russell qui, pour citer Lerner J., "lui avait rendu visite parce que des membres de la Canadian Steel Warehousing Association n'adhéraient pas à la politique des prix facultatifs dans cette industrie, et que M. Russell s'inquiétait de la façon dont il pourrait arriver à traiter les dissidents".⁶³ Pour obtenir des conseils en la matière, il ne pouvait mieux agir en s'adressant au chef de l'organisme chargé de l'application de la Loi sur les coalitions. Et M. Henry, toujours désireux d'être utile, a notamment répondu que "tout effort d'éducation ne doit comporter aucune incitation, coercition ni menace de représailles".⁶⁴

Il y a lieu d'examiner attentivement cette affirmation. Elle semble sous-entendre que si, une fois "éduqués", les industriels sont capables d'établir les prix en commun, ou, en termes plus directs de les fixer, le directeur des enquêtes et des recherches peut leur assurer qu'ils ne tombent pas sous le coup de la loi. N'est-ce pas là une invi-

tation tacite à faire tous les efforts nécessaires pour faciliter une coordination spontanée, sans qu'il y ait complot illégal.

Cependant, M. Henry a fait remarquer à M. Russell qu'un tribunal pourrait juger qu'il y a connivence en se fondant sur une "déduction faite à partir de circonstances environnantes plutôt que de preuves directes établissant l'existence d'un accord ou d'une entente. Des mesures successives dont chacune prise séparément, pourrait alors être jugée illicite, pourraient rapprocher les participants à l'illégalité".⁶⁵

M. Henry a poursuivi en disant ceci:

Il me semble que, lorsque les activités de l'association dépassent le cadre de l'éducation et de l'explication et prennent la forme d'une persuasion directe et d'une coercition implicite, on ne peut guère dire que les industriels ont adopté isolément la politique en cause.⁶⁶

Dans la même lettre, M. Henry a critiqué l'allocution prononcée par M. Russel devant la Steel Warehousing Association.

C'est une chose que les caractéristiques que l'oligopole (fixation des prix ou orientation parallèle consciente) se développe sans qu'il y ait connivence, mais c'en est une autre que des industriels fassent un effort collectif conscient pour en favoriser l'avènement.⁶⁷ Le 2 mai 1963, les administrateurs du Corrugated Steel Pipe Institute se sont rencontrés et ont discuté du bien-fondé d'une politique des prix facultatifs.

L'avocat de l'Institut, M. Pepper, a fortement souligné que "la fixation des prix devait être atteinte de façon individuelle et indépendante par chaque membre, mais que l'Institut avait le droit de prendre des mesures "purement éducatives", visant à en faire connaître les avantages pour l'industrie"⁶⁸. Une résolution officielle a été adoptée selon laquelle "l'adoption de la politique des prix facultatifs pourrait éventuellement être avantageuse aux industriels"⁶⁹. Peu après, tous les membres actuels et potentiels de l'Institut ont reçu une note établissant que ce dernier avait achevé son enquête sur la question et qu'il entendait s'en tenir là. En annexe se trouvait une copie du "Rapport d'enquête sur une politique de prix facultatifs pour l'industrie du drainage des grandes routes" de M. Turney, le document rédigé par la Steel Warehousing Association relativement à la politique sur les prix facultatifs, et une copie de la lettre adressée par M. Henry à M. Russell. Lerner J. affirme:

A ce stade, ... on ne pourrait conclure au-delà de tout doute raisonnable à l'existence d'un accord, ou d'une entente tacite, visant à réduire excessivement la concurrence en établissant une politique des prix facultatifs.

En juin 1963, à la demande pressante de l'un de ses administrateurs, M. Turney, la Robertsteel a publié une liste de prix facultatifs. Mais l'entreprise avait donné le ton sans être suivie, puisqu'Armco continuait d'accorder des escomptes. Armco, le plus grand producteur et le premier fabricant de tuyaux hélicoïdaux (par opposition aux tuyaux rivetés standard), apparemment offert de vendre des tuyaux de 24 pouces de diamètre 5% de moins que les prix figurant sur sa liste, et a offert des escomptes sur la quantité. Bien qu'Armco n'ait pas suivi la Robertsteel, l'Ontario Culvert écrivait à la Carleton Culvert: "Les listes de prix de la Robertsteel, que vous trouverez ci-jointes, seront utilisées dès maintenant et ce, jusqu'à avis ultérieur."⁷¹ Une semaine plus tard, cet avis était annulé et l'effort de la Robertsteel pour diriger les prix par une politique de prix facultatifs échouait.

Peu après le 2 septembre 1963, deux vice-présidents de Dofasco et Stelco, qui étaient également administrateurs de l'Institut, ont entrepris d'effectuer un rapport sur les problèmes de l'industrie des conduits métalliques. M. Allan a envoyé le rapport Craig-Allan, directement à tous les membres de l'Institut. On mentionnait au début du rapport qu'il s'agissait d'un examen effectué par une source impartiale, des problèmes que connaissent actuellement sur le marché les producteurs de tuyaux métalliques ondulés au Canada...⁷² Les auteurs du rapport n'ont pas été mentionnés dans le corps du texte. Lerner J. fait remarquer que

"si on n'avait pas l'intention de conduire l'industrie à un accord sur la politique des prix facultatifs, il n'aurait pas été nécessaire d'essayer de donner à ce rapport de la crédibilité en indiquant qu'il avait été préparé par une source impartiale."⁷³ Il a fait remarquer que "Dofasco et Stelco étaient très intéressés à faire progresser l'industrie des conduites ondulées."⁷⁴ Le rapport proposait l'établissement de prix indépendants comme solution au problème de la réduction des prix.

La stabilité des prix est synonyme d'établissement de prix publiés, système que l'industrie doit accepter et favoriser... c'est la seule façon légale qu'ont les membres de l'industrie de communiquer entre eux, à condition que ce soit fait sans collusion.⁷⁵ Voici la façon qui devait permettre de tirer profit de l'adoption de cette politique:

Une série de changements aux prix publiés et le rôle de direction adéquat que certains administrateurs pourraient jouer dans ce domaine permettraient d'atteindre les niveaux appropriés...en moins de deux ou trois mois.⁷⁶ Le juge Lerner a déclaré que selon lui, le rapport prônait l'action concertée." Sans doute pour assurer aux divers clients des prix uniformes, le rapport recommandait de fixer les prix à la livraison par région.

Il est évident que les chefs d'entreprise ont découvert qu'il était difficile de faire en sorte que tous les producteurs adoptent, sur une base volontaire et individuelle, des prix uniformes afin que les prix et les soumissions soient identiques. Comme M. Campbell, président d'Armco, le soulignait dans une

note de service manuscrite envoyée au bureau de M. Robertsteel, était "assez difficile d'atteindre cet objectif sans participation ou coercition de la part de tierces parties." Ce passage avait été biffé.⁷⁷

Le 2 décembre 1963, Robertsteel a publié une autre liste de prix, qui fut immédiatement adoptée par tous les membres du Corrugated Metal Pipe Institute. Le juge Lerner a trouvé particulièrement intéressant le fait que de nombreux fabricants ont présenté dix jours plus tard des soumissions portant sur la construction d'autoroutes en Ontario; ces soumissions avaient été établies d'après la liste de prix de Robertsteel par pied linéaire bien avant la date d'entrée en vigueur de leur propre liste de prix publiés ou de celle de n'importe quelle autre société.⁷⁸ Des prix uniformes ont dominé le marché des conduites de métal ondulées au cours des 45 mois qui ont suivi, période au cours de laquelle de nombreux changements et des augmentations de prix ont été apportés discrètement. En ce qui concerne le ministère de la Voirie de l'Ontario, seulement trois des 342 contrats adjudgés pendant cette période "contenaient des offres inégales différentes ou variées" ⁷⁹ On a spécialement tenu compte, des particularités se rapportant aux usines, à l'emplacement des acheteurs et au fret. Le juge Lerner déclare:

Les fabricants ont divisé l'Ontario en trois zones et tous les prix ont été fixés, ils étaient considérés comme des prix "à la livraison" dans chaque région plutôt qu'au départ usine. Les prix étaient uniformes dans toutes les zones, indépendamment de la distance entre l'usine du fabricant et le point de livraison.⁸⁰

L'uniformité des prix n'a plus été respectée à partir du moment où les industries TPL ont fait leur apparition sur le marché, à la fin de 1967 et ont alors commencé à vendre à des prix considérablement inférieurs à ceux payés par le ministère de la Voirie de l'Ontario.

Conclusion

M. le juge Lerner a déclaré qu'un accord tacite aurait dû être conclu entre les parties pour que l'industrie puisse maintenir des prix et présenter des soumissions identiques, de décembre 1963 à septembre 1967.⁸¹ Il en est arrivé à cette conclusion pour au moins trois raisons:

(i) le fait que c'était Robertsteel qui avait publié le 2 décembre 1963, la liste des prix, après avoir posé un geste semblable en juin et constaté que la plupart de ses concurrents n'en avaient pas tenu compte. Il déclara: "Ce geste de Robertsteel me convainc que les autres savaient que Robertsteel allait présenter une nouvelle liste des prix et qu'ils s'étaient entendus pour la "respecter"...⁸²

(ii) M. Turvey de la Société Armco, entreprise qui avait auparavant fixé des prix à cause de sa très grande efficacité, a admis que cette société avait soudainement changé d'idée, le 12 décembre 1963, et qu'on avait "décidé de suivre le courant" de façon à "permettre une stabilisation des prix pour le ministère de la Voirie..."⁸³ De plus, la société arrêta au même moment d'accorder au ministère un

rabais sur les quantités. Le juge a également fait remarquer que bien que les autres directeurs d'entreprises avaient été les tenants d'une politique d'établissement de prix indépendants, "aucune preuve n'appuie le fait que M. Turney ait été au départ un promoteur de cette politique." Il en conclut: "Il y a dû y avoir des rencontres entre Armco et Turney de Robertsteel, pendant la seconde partie de 1963, avant que Robertsteel tente à nouveau l'expérience, puisqu'Armco s'était auparavant opposée à la politique des prix indépendants."⁸⁴

(iii) Les directeurs qui, pendant environ un an, ont fait campagne en faveur de l'adoption libre mais généralisée, de la politique des prix indépendants par l'entremise de "discussions ouvertes, sans accord" n'ont pas réussi à obtenir les résultats escomptés par la "prédication". C'est donc par un accord tacite que l'accord devait se concrétiser.⁸⁵

Mais faut-il en déduire que l'établissement d'une politique ouverte des prix qui ainsi qu'elle a été adoptée par l'ensemble des producteurs d'aqueduc en métal, presque immédiatement après que Robertsteel ait publié la deuxième liste de prix le 2 décembre 1963 devait intervenir et à la suite d'un accord tacite? La réponse est négative. Considérons le

problème dans un contexte légèrement élargi. De quelle façon un parallélisme conscient dans le cadre duquel toutes les entreprises font état de prix identiques sur une période de temps considérable, peut-il intervenir dans un oligopole produisant les mêmes marchandises caractérisé par une entrée facile et une production excédentaire? Un tel parallélisme peut survenir au moins de trois façons différentes:

a) Par conspiration ou collusion. Un tel accord visant à adopter les prix de liste d'une entreprise (et dans le cas présent les prix de livraison de trois zones différentes) peut résulter d'une "entente" expresse ou tacite. Il semble que la législation anti-trust en vigueur puisse combattre cette technique.

b) On peut y parvenir sans accord au sens juridique, à la suite d'une campagne intensive de sensibilisation et d'exhortation des industries participantes ou par l'entremise de tierces personnes (dans ce cas par les fournisseurs de matières premières). Ayant déjà fait l'expérience du processus onéreux action-réaction, des rabais accordés au titre de la compétitivité, les entreprises commencent à voir clair et se préparent maintenant à agir de façon concertée, reconnaissant ainsi leur indépendance. Lorsqu'une déroge et affiche ses listes de prix au vu de tous, cela constitue une invitation aux autres d'en faire autant. C'est également un moyen possible par lequel les ensembles compétiteurs peuvent cristalliser leur prix. L'annonce d'une liste ouverte des prix émanant d'une entreprise devient une sorte de catalyseur - mais un catalyseur

qui peut arrêter la réaction (rabais consenti sur les prix au titre de la compétitivité) plutôt que de la précipiter. Il est important de noter que là où des excédents de capacités existent et où les entreprises ont des coûts de production différents cela peut exiger plusieurs tentatives parfois au niveau de la direction (peut-être par différentes entreprises) avant que ces ensembles se stabilisent et que la stabilité (prix identique) soit obtenue. Il faut surtout se rappeler que dans ce cas aucun accord tacite ou manifeste n'est nécessaire. Les entreprises prennent des décisions de façon indépendante pour prendre la tête ou pour suivre la tendance selon le cas. Cependant, elles ne peuvent le faire "qu'en toute connaissance de cause" et en se rendant parfaitement compte du caractère inutile du jeu action-réaction ainsi que des avantages éventuels qui peuvent découler d'une stabilité des prix communs.

c) Dans ce cas, que l'on pourrait décrire comme étant une "auto-sensibilisation collective échelonnée sur une certaine période de temps" aucune tentative par les membres de l'industrie ou par des entreprises étrangères n'est faite pour favoriser une politique ouverte des prix ou d'autres moyens de coordination pour obtenir des prix identiques. Il n'existe pas davantage d'accord tacite ou manifeste. Mais, au moins les entreprises les plus importantes de l'industrie (les quatre plus grosses industries de construction de conduits en métal représentant environ 76% du total des ventes) à la suite du mouvement de réduction des

prix consentis au titre de la concurrence pour certaines courtes périodes de stabilité des prix (peut-être à l'occasion d'une relance de la demande) ces industries prennent conscience de leur interdépendance, mais commencent à entrevoir des moyens d'action possibles. Le processus d'apprentissage peut prendre plusieurs mois voire quelques années. Pendant cette période d'apprentissage, des "quasi-accords" interviennent peut-être de façon fortuite (qu'il ne faut pas interpréter au sens juridique) puis ils s'effondreront. Peut-être certains "pionniers" combattifs par exemple les personnes les plus disposées à consentir des rabais sur les prix et les moins disposés à procéder à des majorations devraient-elles être remplacées par des personnes plus accomodantes.

De toute façon et sans aucune exhortation ni communication tacite, les plus importants protagonistes cherchent à sortir du dilemme (prix et bénéfices instables et médiocres). Certaines entreprises font quelque chose d'elles-mêmes (par exemple en publiant leurs prix) dans l'espoir que les autres suivront le mouvement. Certaines d'entre elles ne le feront pas -- ce que Armco a fait en ce qui concerne les conduits en métal. La stabilité des prix n'est pas garantie. Même entreprise ou une autre se livre à une tentative similaire une fois encore sans qu'il y ait entente tacite avec les autres. Il peut se produire plusieurs "échecs" mais une de ces tentatives peut voir l'ensemble se "cristalliser" et les entreprises adopter des prix communs.

Ce processus de coordination spontanée entraîne une orientation parallèle consciente à mesure que s'établit fermement un leadership que doivent suivre les autres entreprises.

En plus d'inférer qu'il y a eu un accord tacite entre les entreprises pour suivre la liste des prix de Robertsteel en décembre 1963, M. le juge Lerner a conclu que le pourcentage élevé de soumissions identiques ne pouvaient être fortuit.

Les soumissions identiques faites au DHO et aux autres constituent un phénomène remarquable étant donné que la multitude de données qu'il fallait obtenir, amène nécessairement à la conclusion qu'il y a effectivement un échange complet de renseignements et de certains accords en vertu desquels il fallait qu'il y eut uniformité dans l'ensemble des soumissions.⁸⁶ Ce n'est pas nécessairement le cas. Une fois que les accords ont été pris stipulant que toutes les entreprises adopteraient la liste détaillée des prix de Robertsteel "l'ensemble" des soumissions a pu être ventilée et chaque article identifié de façon satisfaisante, en prenant le prix unitaire en le multipliant et en faisant l'addition. Etant donné que cette liste mentionnait les prix de livraison dans chacune des trois zones, le fait de ne pas aboutir à des soumissions identiques ne pouvait survenir que si quelqu'un n'était pas en mesure de multiplier d'additionner ou de dactylographier correctement ou alors que l'adjudicateur avait fait un appel d'offre pour un article ne figurant pas dans la liste des prix comme par exemple certains produits faits sur mesure spécialement à l'intention de l'acheteur. En 1963, l'Hydro-Québec a reçu six soumissions identiques de

\$14,394,537.12 destinées à la fabrication de 4,800 milles de câbles de ACSR. En dépit d'une enquête poussée, le Directeur du service des enquêtes et de la recherche n'a pu découvrir des preuves de collusion.⁸⁷ Il paraît que chaque soumissionnaire s'était reporté au prix unitaire approprié dans sa liste des prix qui était identique pour toutes les entreprises et avaient effectué les multiplications exactes pour la quantité demandée afin d'obtenir le montant de la soumission. C'est par l'effet cumulatif de toutes les preuves que J. Lerner s'est convaincu "qu'il y avait eu accords tacites pour conserver des prix identiques."⁸⁸ A ce sujet, il a posé à juste titre la question suivante:

A quel objet peuvent répondre tous ces efforts visant à établir une politique ouverte des prix si ce n'est pour atteindre une stabilité des prix en éliminant la concurrence ce qui entraîne une commercialisation des produits bien réglée contrairement à la situation présente que l'industrie trouve intolérable?⁸⁹

M. le juge Lerner a consacré 4 pages imprimées pour expliquer ses vues au sujet de la politique ouverte des prix et de l'orientation parallèle consciente." Au début de ses remarques, il fait remarquer que: "La politique ouverte des prix" est une théorie ambitieuse qui, une fois mise en pratique et exécutée avec succès, peut donner les résultats les meilleurs sans enfreindre la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, même si sa mise en application devait entraîner une diminution indue de la concurrence car il n'y aurait eu aucun accord ou arrangement direct ou tacite.

Une fois que tous les membres de l'industrie reconnaissent et comprennent le bien-fondé de cette approche en matière de commercialisation, il s'ensuit un effort généralisé de la part de toutes les entreprises pour suivre fidèlement les listes de prix établies des filiales ou des mécanismes collatéraux de commercialisation (par exemple prix à la livraison) du "leader". Le résultat est un effort d'orientation consistant visant à aller dans le même sens ou de suivre le leader.⁹⁰ Le juge a alors résumé le témoignage J.A. Sherbaniuk⁹¹ portant sur la nature d'un oligopole homogène efficace et qui apparemment se rapproche beaucoup de la définition donnée par D.H. W. Henry. Néanmoins M. Lerner ne s'est pas dit convaincu en ce qui concerne un point très important:

"Si la stabilité des prix survient (sinon naturellement) du moins sous la pression des forces économiques en cause dans la situation oligopolistique idéale imaginée par M. Sherbaniuk, cela nous porte à poser la question suivante (à laquelle à mon avis il n'a jamais été répondu par les défenseurs) pourquoi a-t-il fallu à l'Institut Campbell, Turney et al, consacrer plusieurs mois en 1962 et en 1963 pour en arriver aux résultats qui forment la base de ces procédures?⁹²

Même si le juge a rejeté la théorie voulant que le "leadership" et "les entreprises qui le suivent" ne découlaient pas d'un complot, il est facile de répondre à cette question. Le rôle d'exhortation et d'éducation joué par Campbell, Turney et al. visait à accélérer le processus "d'auto-instruction collective

échelonnée sur une période de temps". Il s'agissait également de fournir un "catalyseur" qui permettrait de favoriser la cristallisation d'entreprises par l'adoption de prix communs. L'apprentissage qui se fait par l'entreprise de rabais sur le prix avec entrée facile et excédents de capacité revient cher aux "élèves" (les entreprises)...Les tenants de la politique ouverte des prix essayèrent d'amener leurs "élèves" à "adopter" les prix communs plus tôt. En fait, ils essayaient de donner un petit coup de main au processus naturel. Les conclusions du juge ont été que les professeurs s'impatienzaient devant les maigres résultats d'une simple exhortation et devant l'échec de la classe "terminale" lors de leur première tentative de passer l'examen" (par exemple la publication des prix par Robertsteel en juin 1963) de sorte qu'ils ont obtenu un accord tacite permettant à tout le monde de "passer" (en adoptant la liste de prix de Robertsteel) lors d'un deuxième essai (le 2 décembre 1963) M. Lerner devait dire en passant:

Contrairement aux économistes, je ne vois pas comment l'on peut parvenir à une orientation parallèle consciente sans qu'il y ait complot pour en arriver au préalable à un accord ou à un arrangement.⁹³

A la suite d'une période de 11 mois sans obtenir de résultats probant et sans autre explication le "leadership" et "les partisans" se sont manifestés. Je suis convaincu qu'il devait y avoir une entente des dispositions ou des accords passés visant à adopter une politique ouverte. Cette

conclusion est la seule inférence rationnelle que je puisse faire en me basant sur les preuves alléguées et qui vont dans le sens des conclusions fondées auxquelles on est arrivé en fonction des témoignages recueillis.⁹⁴

Il ne serait pas exact de dire que cette période d'exhortation et d'éducation n'a entraîné aucun résultat efficace. Tout d'abord, J. Lerner a cité certaines preuves voulant qu'un certain nombre de directeurs se soient rangés au cours des onze mois du côté de la politique ouverte des prix. Ensuite, en juin 1963, Robertsteel a essayé de faire prendre corps au scénario par la publication de sa liste de prix. Certaines entreprises l'ont adoptée, mais vu que l'Armco ne l'a pas fait, la première tentative n'a pas été couronnée de succès. Ces deux faits ont permis de préparer le terrain de la deuxième tentative visant à obtenir une orientation parallèle uniforme. Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, un certain nombre de "procès" peuvent s'avérer nécessaires avant d'aboutir à une orientation parallèle consciente. Il n'est aucun besoin de recourir à un accord tacite au sens juridique du terme.

Si l'on écarte cet accord tacite, le fait que l'orientation parallèle consciente ait réussi lors de la deuxième tentative par l'entreprise qui n'avait pu devenir leader en matière de prix lors de la première tentative, n'est pas incroyable même si cela peut surprendre car les relations entre les oligopoles

sont caractérisées par beaucoup d'incertitude. Etant donné les grands efforts déployés en matière d'éducation pour conditionner les entreprises à accepter et à suivre les prix du leadership, on pouvait, semble-t-il raisonnablement croire que la deuxième tentative serait couronnée de succès.

Il est intéressant de noter que M. le juge Lerner a condamné les accusés pour infraction à l'article 31(1) c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et ce de trois façons différentes:

i) il trouve qu'il y a eu à son avis accord ou collusion; (ii) il en a déduit qu'il y avait eu un accord tacite; et (iii) il a adopté une nouvelle théorie relative aux "accords" théorie provenant d'une affaire portant sur un cas de coalition en Angleterre. En ce qui a trait aux problèmes d'orientation parallèle consciente, les vieilles lois ont toujours une certaine force si la Couronne parvient à convaincre le juge de constater qu'il y a eu effectivement un accord manifeste ou tacite passé dans le but de diminuer de façon indue la concurrence ou que l'on peut faire cette constatation sur la base des actes individuels ou des circonstances en présence. Comme nous le verrons, J. Lerner n'a pas eu besoin de recourir au nouveau concept "d'accord" pour maintenir son jugement.

La nature de l'accord

M. le juge Lerner a essayé d'innover dans la loi relative aux enquêtes sur les coalitions lorsqu'il a fait sien le concept d' "accord" mentionné dans l'affaire British Basic Slag en 1963 en Angleterre. Dans cette affaire, Willmer L.J. a

déclaré et J. Lerner cite:

Car lorsque chacune des deux ou plusieurs parties donnent intentionnellement lieu aux autres de croire qu'il agira d'une certaine façon, il me semble qu'il se trouve dans l'obligation morale de le faire. Un accord visant à définir est quelque chose "où les parties contractantes acceptent des droits et des obligations mutuelles" (British Basic Slag Ltd. contre Registrar of Restrictive Trading Agreements (1963) pp. 727 à 739).⁹⁵

Dans la même affaire, Diplock L.J. cita d'abord J. Cross (L.R. 3 R.P. p.178 à 196).

Tout ce dont il est besoin pour aboutir à un accord que la loi ne peut viser, est que les parties contractantes auront eu l'occasion de se mettre en rapport d'une façon ou d'une autre et conséquemment que chacune d'entre elles ont respectivement donné lieu à l'autre de croire qu'elle agira d'une certaine façon.⁹⁶

M. Diplock a alors donné sa propre définition du terme "accord" (page 747):

Pour qu'il y ait accord entre A et B, il suffit que (1) A fasse des représentations et exprime son intention voulant que sa façon d'agir constituera une mesure d'incitation pour B à agir d'une certaine façon, (2) ces représentations soient communiquées à B qui a connaissance des intentions et espérances de A et (3) ces représentations ou la conduite ultérieure de A agira sur B en tant que mesure d'incitation soit parmi d'autres ou non pour agir de cette façon.⁹⁷

Comme nous le verrons, l'adoption de ces définitions par M. le juge Lerner a été rejetée par la Cour d'Appel mais son jugement a été maintenu.

Le jugement de la Cour d'Appel

Le 2 février 1976, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu à l'unanimité le jugement rendu par la Cour de première instance relativement à sept des dix sociétés (en diminuant l'amende imposée à une d'entre elles), rédigé par Houlden J.A.⁹⁸ Toutefois, ce jugement est d'une importance toute particulière en ce qui concerne les questions d'orientation parallèle consciente vu que J.A. Houlden a décidé que:

"Si les parties avaient agi de la façon décrite par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire British Basic Slag, il n'y aurait pas nécessairement eu d'"accord" au sens de l'article 32(1) c) car dans cet article, il faut que les parties en arrivent à un accord ou à un arrangement et en ce qui concerne l'affaire British Basic Slag, cet élément de réciprocité n'est pas nécessairement présent.⁹⁹

Même en concluant que le juge de première instance n'avait pas raison de "se reporter à la définition donnée dans l'affaire British Basic Slag"¹⁰⁰ la Cour d'appel n'a pas voulu infirmer le jugement. Houlden J.A. cite huit passages spécifiques du jugement rendu par J. Lerner, dans lequel le juge de première instance "avait établi de façon nette et précise que les parties

avaient passé un accord ou un arrangement visant à empêcher ou à diminuer la concurrence".¹⁰¹ Il a déclaré que la référence faite à la définition d'accords contenus dans l'affaire British Basic Slag ne constituait qu'un (simple surplus) ¹⁰² et, de plus, qu'elle "n'était pas nécessaire et n'altérerait en rien les résultats auxquels (le juge de première instance) était arrivé".¹⁰³

Dans l'appel qu'elles ont interjeté, les sociétés s'en sont également prises à l'application du règlement dans l'affaire Hodge dont nous avons déjà parlé, en disant que les déductions que J. Lerner avait déduites des témoignages étaient incorrects. J.A. Houlden a établi que certaines déductions, faits et inférences "auraient pu être mieux exprimés et que certains d'entre eux sont certainement faux (on aurait pu s'étonner que cela ne soit pas le cas dans un procès d'une telle importance). Il y a néanmoins énormément de preuves circonstanciellles allant dans le sens des conclusions du juge de première instance, à savoir qu'un accord ou que certains arrangements avaient été pris visant à empêcher ou à diminuer de façon injustifiée la concurrence".¹⁰⁴ Dans l'affaire Hodge, le règlement avait été appliqué correctement.

L'affaire de l'Atlantic Sugar

Le 19 décembre 1975, le juge Kenneth Mackay fit connaître son jugement dans l'affaire R. c. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al.¹⁰⁵ et acquittait les trois plus importantes raffineries de Sucre de l'Est du Canada qui avaient, néanmoins enfreint l'article 32 (1) de la Loi relative aux enquêtes sur

Cette affaire portait, en partie, sur la question d'orientation parallèle consciente. En particulier, on y prétendait que faisait partie du second chef d'accusation une "diminution injustifiée de la concurrence plutôt qu'une majoration déraisonnable des prix impliquée au premier chef":

Qu'en 1960, la Société Redpath (autrefois (Canada and Dominion Sugar) adoptait le système du stock indispensable pour la fixation des prix du sucre raffiné. Le prix de vente du sucre raffiné était basé sur la valeur de remplacement le jour de la vente de la même quantité de sucre brut plus le transport, les droits, la prime préférentielle de 75 cents le cent livres ainsi qu'une marge de profit pour le raffineur. Puis, on ajoutait également les frais de transport entre la raffinerie la plus rapprochée du client et l'usine ou l'entrepôt de ce dernier. Les deux autres accusés avaient toujours simultanément et exactement adopté une liste de prix basée sur ce calcul, poste par poste, même si les coûts réels de transport étaient différents pour chacun d'eux.¹⁰⁶

En rapport avec cette accusation d'avoir fixé les prix entre 1960 et mai 1973, le juge Mackaya formulé comme suit le point de vue de la Couronne:¹⁰⁷

1. L'accusé s'est entendu avec le cartel de producteurs de sucre du Commonwealth pour fixer le prix du sucre brut, en se basant sur le London Daily Price (prix quotidien à Londres), lequel n'avait rien à voir avec le prix réel du sucre sur le marché.
2. Ceux-ci se sont également entendus pour inclure dans les contrats de vente du sucre brut, une clause préférentielle pour fixer cette prime préférentielle

à 75 sous et pour considérer celle-ci comme non négociable, de sorte que le montant de la prime préférentielle remise au producteur ne pourrait être établi en fonction de la compétition entre acheteurs et vendeurs.

3. Ils adoptèrent un système unique de fixation du prix de leur sucre raffiné -- le système du stock indispensable -- basé sur le prix du sucre brut, indépendamment du prix du marché.

4. L'accusé, qui contrôlait au moins 90% du marché de l'Est du Canada, a effectivement adopté des listes de prix identiques à celles affichées par les membres de ce cartel, en se basant sur ce système de fixation des prix, ce qui a eu pour conséquence la disparition ou du moins l'affaiblissement de la concurrence.

Puis il a résumé sa perception du point de vue de la défense:108

1. Le L.D.P. constitue un indice internationalement reconnu pour la fixation des prix du sucre brut sur le marché du monde libre.

2. La clause préférentielle a été incluse dans les contrats d'achat de sucre brut, tant par les acheteurs que par les vendeurs, et jamais dans le but de geler la prime à 75 cents, mais simplement pour protéger l'accusé en regard des contrats qu'il avait déjà inclus au cas où le tarif préférentiel aurait été réduit avant la livraison, en limitant la remise à 75%.

3. Le système du stock indispensable, indépendamment de ses mérites, n'a été conçu que par la société Tate and Lyle et sa filiale, la société Redpath, et a simplement été copié par les deux autres accusés.

4. Des listes de prix identiques ne constituent pas nécessairement une preuve de collusion en vue de fixer les prix; elles peuvent constituer, comme dans le cas qui nous occupe, un exemple de leadership en matière de fixation des prix, sans entente préalable, tacite ou autre.

Le juge Mackay a fait remarquer que les deux parties avaient admis que la Commonwealth Sugar Association constituait un cartel que ses membres appelaient, par euphémisme, un "club". Dès 1954, ce cartel avait compromis la concurrence quant aux prix de vente au Canada afin de maintenir une prime préférentielle de 75 cents le cent livre de plus que le prix mondial. Jusqu'en 1960, on fixait le prix du sucre brut à chaque chargement ou livraison. Au début des années 60, un prix différé, avantageux pour les acheteurs, était appliqué, de sorte que l'acheteur canadien payait le LDP, plus 75¢ le cent livre, moins un montant de péréquation correspondant au coût du transport. Mais ce prix était valable au moment de l'expédition ou de la livraison, et non au moment de la signature du contrat. Ce nouveau système a été adopté par les trois grands raffineurs de l'Est après des négociations menées par un haut représentant de la Tale and Lyle, le géant anglais dans le domaine de la production et du raffinage du sucre, qui, en 1959, avait pris le contrôle effectif de la société Redpath Industries. Cette nouvelle formule de calcul constituait pour les raffineurs du sucre brut. Elle leur permettait également de réaliser d'énormes profits, par l'intermédiaire des sociétés étrangères (intouchables par Revenu Canada), grâce aux livraisons à terme de sucre brut.

A propos du LDP, le juge a estimé qu' "il ne reflétait pas exactement le prix réel du marché du sucre brut, puisque les ventes au comptant ne représentent qu'une très faible proportion des 5,000,000 de tonnes de sucre vendues annuellement par l'intermédiaire de la bourse de Londres."¹⁰⁹ Puis, il poursuivait en disant que: "même si, comme le prétend la Couronne, le LDP est un prix artificiel, il n'en constitue pas moins un indice universellement accepté de fixation du prix du sucre brut, et qu'on ne saurait blâmer l'accusé de s'en être inspiré."¹¹⁰

Ce point est très important pour juger de la coordination oligopolistique. Le calcul du prix du sucre raffiné se basant directement sur le LDP et, comme nous allons le constater, les trois raffineurs ayant copié la liste de prix de la société Redpath pour ce qui est du sucre raffiné, le fait de s'entendre pour adopter les prix du LDP constitue un premier pas dans l'établissement de tout un plan de contrôle du prix du sucre brut. En outre, le LDP est lui-même influencé par le fait que la Tate and Lyle est l'un des principaux producteurs de sucre brut et domine complètement le marché du sucre raffiné au Royaume-Uni. Le juge a bien fait ressortir l'importance des activités de production de la Tate and Lyle, en faisant remarquer qu'alors que les deux autres raffineurs de l'Est du Canada déployaient des efforts gigantesques...et incessants afin de se dégager"¹¹¹ du taux préférentiel de 75¢ payé aux producteurs du Commonwealth pour le sucre brut, la société Redpath, propriété de la Tate and Lyle n'a pas fait de même.

Le juge affirme que la Redpath "s'efforçait de maintenir, au profit des producteurs, le taux préférentiel de 75¢ (initialement de \$1.)..."¹¹²

En 1960, le système du stock indispensable de fixation des prix du sucre raffiné a été introduit à la Redpath par les représentants de la Tate and Lyle, pour remplacer la méthode du coût moyen de l'inventaire qui est encore appliquée par les raffineurs américains.¹¹³ En vertu de ce système, le prix du sucre raffiné est calculé de la façon suivante:

Prix du sucre raffiné à son départ de l'usine, en prenant comme base Toronto et Montréal	=	(Prix du L.D.P. pour le (100 livres de sucre brut C.A.F. (en incluant la prime préférentielle de 75¢)) (Transport, assurance) (et coût du déchargement)
---	---	--	--

(Droits de douane) + (28.7¢ le 100 (livres)	+	(Ajustement pour la perte (de 7% lors du raffinage) (Marge de profit du) (raffineur
---	---	---	---------------------------------------

Peu après, les autres raffineurs, (ayant observé la fréquence des changements de prix de la société Redpath) adoptaient le même système. Il était dès lors facile pour l'industrie de simplement copier exactement les prix de la Redpath, car il ressort du témoignage des représentants de l'industrie que, de 1949 à 1959, la Redpath avait une influence déterminante sur les prix.¹¹⁴ Le juge Mackay a décrit de la façon suivante la méthode utilisée entre 1960 et 1973 pour fixer les prix:

Leurs (ceux des autres raffineurs) directeurs des ventes ont affirmé qu'au lieu de calculer eux-même leurs prix, ils copiaient simplement les listes de prix de la Redpath, qui étaient affichées chaque jour dans le hall du siège de l'administration de la Redpath et leur étaient communiquées par les courtiers, les clients ou même les employés de la société de télégraphie avec lesquels ils entretenaient des liens amicaux, ou par d'autres personnes non identifiées. Dès qu'ils apprenaient que les prix de la Redpath étaient changés, ils dressaient eux-même immédiatement une nouvelle liste de prix.¹¹⁵

Puis, le juge fit remarquer que "la similitude des prix, et les listes de prix identiques, sont les caractéristiques des oligopoles industriels" et que "ils sont tout à fait conciliables avec les décisions indépendantes en matière de concurrence" ou peuvent découler d'un accord.¹¹⁶

En s'appuyant sur les déclarations du juge Lerner, il soutenait que:

si la similitude des prix est le résultat de l'influence déterminante d'une entreprise dominante et d'un effort conscient des autres entreprises de ce même secteur de l'industrie pour suivre l'entreprise dominante, le fait d'adopter, dans de tels cas, des prix parallèles même s'il peut en résulter une menace sérieuse pour la concurrence, "ne constituerait pas une violation de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions car il n'y aurait pas eu entente, directe ou tacite." 117

Le juge Mackay a clairement indiqué que le parallélisme conscient, sans collusion, ne consistait pas une violation de la loi. Il a déclaré: "J'estime que l'on n'est pas justifié de conclure que des listes de prix identiques sont le résultat d'ententes pour fixer les prix, si l'on ne peut prouver qu'il y a eu collusion en vue d'uniformiser les prix."¹¹⁸ Par cette déclaration, il rejetait clairement les allégations du juge Lerner, sous forme d'obiter dictum, ou celui-ci disait:

"...quoi qu'en disent les économistes, je n'arrive pas à imaginer, en me fondant sur le bon sens, comment l'accusé pourrait opter consciemment pour le parallélisme sans qu'il n'y ait d'abord de sa part complot en vue d'en arriver à une entente." 119

En échange, il citait avec emphase, et, apparemment, adoptait le point de vue de D.H.W. Henry, dans son rapport annuel de 1965-1966, sur les changements de prix dans le secteur des agrafes métalliques de jonction.

Sauf au cours des brèves périodes de changements, le prix de tous les articles de même nature auront tendance à être semblables pour tous les vendeurs et acheteurs, pour un marché donné. Bien qu'il semble y avoir une différence permanente, les acheteurs préféreront faire affaire avec l'entreprise offrant le plus bas prix, de sorte que les vendeurs devront abaisser le leur en conséquence. Par conséquent, dans le cas des articles courants où les vendeurs sont peu nombreux et où il y a un grand nombre de ventes quotidiennement au niveau des grossistes, des détaillants et des consommateurs, un changement de prix décrété par l'un des vendeurs sera ordinairement connu en moins d'une heure par ses concurrents, et les ajustements nécessaires seront effectués immédiatement. 120

Après avoir revu les témoignages des représentants de toutes les autres raffineries de l'Est, le juge Mackay concluait:

Étant donné que la loi n'interdit à aucune entreprise d'une industrie donnée de tenir compte des changements de prix de ses concurrents ou d'ajuster son prix à celui des autres, que

ce soit en le diminuant ou en l'augmentant, il n'est pas interdit d'adopter et d'appliquer le système sur lequel ces changements de prix sont basés. ¹²¹

En 1973, six raffineurs desservaient les marchés de l'est du Canada, de l'Ontario à Terre-Neuve. Pour cet oligopole, la coordination est d'autant plus facile à réaliser que le nombre de ses membres est peu élevé. La société Quebec Sugar Refinery vend toute sa production sous forme de sucre semi-raffiné à la société Redpath. La Cartier Sugar est une filiale à part entière de la société Steinberg, à qui elle vend une grande partie de sa production, et la Westcane Sugar est une filiale à part entière de la George Weston Limited, dont les établissements de vente au détail et de fabrication constituent également d'importants acheteurs de sucre. Les trois grands (les sociétés Atlantic, Redpath et St. Lawrence) contrôlent à eux trois plus de 90% du marché. Le reste du pays est assujéti au monopole absolu de la B.C. Sugar. Il est plus facile pour les fabricants de sucre de s'ériger en oligopole que ce ne l'est pour les fabricants de conduits souterrains métalliques. Il ne leur est pas nécessaire de recourir à l'exhortation, à l'éducation ou à des ententes tacites. En outre, les trois grands font affaire dans ce domaine et domine conjointement le marché depuis la fin du siècle dernier. Ils disposent d'une très vaste expérience et d'une grande habileté comme oligopole. De plus, ils ont tiré leçon de leurs condamnations antérieures pour collusion en vue de limiter illégalement la concurrence. ¹²²

Certains autres aspects de l'affaire du sucre.

Après avoir décidé que prendre l'initiative de leadership dans la détermination des prix, ou ajuster son prix à celui de l'entreprise dominante, n'était pas interdit par la Loi sur les coalitions, le juge Mackay procéda à une revision des témoignages d'un certain nombre d'importants acheteurs industriels de sucre (ces fabricants représentent 60% de toute la consommation du sucre.) Il faisait remarquer que "bien que tous les raffineurs canadiens affichaient des listes de prix identiques, il y avait ... des exceptions puisque les prix de vente réels variaient selon les escomptes consenties aux consommateurs, sans compter les escomptes accordés dans le cas de paiement rapide Selon les témoignages des représentants des ... industries utilisant du sucre ... les prix exigés par les raffineurs étaient toujours sensiblement différents." ¹²³

Le juge oublie ici deux aspects importants. D'abord, lorsque quelques vendeurs font affaire avec un nombre relativement faible d'importants acheteurs, il est impossible de prévoir le cours des prix et de l'écoulement des produits. Le fait que ces importants acheteurs aient obtenu leur sucre (ou une partie du sucre dont ils avaient besoin) à un prix inférieur au prix de liste reflète la puissance de leur oligopole. La discrimination par rapport au prix en vigueur peut également constituer un phénomène connexe. Grâce à une certaine élasticité des prix et à la possibilité de distinguer, d'une certaine façon, les marchés industriels de ceux de consommation, les vendeurs qui sont en mesure d'influer sur le marché peuvent juger plus profitable d'exiger, selon les clients, un prix différent (supérieur au coût normal le plus élevé. Toutefois, le fait d'exiger de plus importants acheteurs un prix moins élevé peut ne pas constituer de la discrimination en matière de prix, mais plutôt la reconnaissance de leur fort pouvoir d'achat et du fait qu'il peut se révéler moins coûteux d'approvisionner ce genre de clients (expédition massive, inventaires moins considérables, etc.) que les acheteurs moins importants.

Deuxièmement, le juge a omis de reconnaître que la formule commune de calcul du prix qui prévoit une importante marge de profit pour le raffineur constitue une option confortable empêchant les déviations (prix moins élevés pour les importants acheteurs) de compromettre gravement la possibilité de réaliser des profits et de maintenir la stabilité du prix de base. Un rapport sur le sucre, publié en 1971 par la Commission des tarifs, montre bien que les raffineurs ont, au Canada, une marge de profit élevée.¹²⁴ Au cours de huit des dix années qui se sont écoulées entre 1961 et 1970, la marge de profit des raffineurs canadiens (Montréal) a été supérieure à celle des raffineurs américains (New York). Tout au cours de ces dix années, leur marge de profit a été supérieure à celle des raffineurs du Royaume-Uni (Londres). La marge de profit des raffineurs canadiens a été de 11% à 28% supérieure à celle des raffineurs américains.

Mais ces données sont fondées sur le coût calculé plutôt que réel du sucre brut. Les analyses contenues dans le rapport indiquent que, entre 1965 et 1969, leur marge réelle de profit a été sensiblement supérieure à la marge de profit fictive que nous avons utilisée pour quatre des cinq années.¹²⁵

De la même façon, dans quatre des cinq années les marges moyennes de profits réels des raffineries de Saint-Jean, Toronto et Vancouver ont été sensiblement supérieures à celles des raffineries de Montréal.¹²⁶ Malgré les différences sensibles dans les coûts de production, toutes les raffineries canadiennes ont touché un taux de profit bien supérieur à celui des autres industries. En 1966, 1967 et 1968, le taux de profit (avant impôt) des raffineurs de sucre, comme pourcentage des mises de fonds des actionnaires, a été de 26.6%, 22.0% et 20.3% respectivement.¹²⁷ Par contre, les chiffres comparables, dans le cas de l'ensemble des industries de fabrication, ont été de 16.9%, 14.7% et 16.1% respectivement. Le profit, avant impôt, des raffineurs de sucre, exprimé en pourcentage des ventes, s'est élevé à plus du double du profit moyen de l'ensemble du secteur de la fabrication. Il semble bien qu'aucune des déviations par rapport aux listes de prix mentionnées par le juge Mackay n'ait empêché les raffineurs de sucre de bénéficier financièrement de leur situation d'oligopole.

La Couronne a allégué qu'il y avait eu entente entre les sociétés pour se partager le marché. La part allouée à chacune des entreprises au cours de la Seconde Guerre mondiale, et leur part respective en 1949 s'établissait comme suit:¹²⁸

	<u>Seconde Guerre mondiale</u>	<u>1949</u>
<u>Atlantic</u>	35.5%	35.6%
<u>Redpath</u>	43.0%	42.7%
<u>St. Lawrence</u>	21.5%	21.7%

Le juge Mackay a ensuite décrit ce qu'il était advenu de ce partage du marché:

Au cours de la décennie suivante, la répartition du marché a varié sensiblement. Mais, en 1958, la Redpath, qui venait d'ouvrir sa raffinerie de Toronto et qui désirait accroître ses ventes afin de compenser les lourdes dépenses qu'elle venait de faire, s'est subitement mise à baisser ses prix dans la région de Toronto. Comme la société Atlantic vit alors baisser ses ventes dans cette région, elle procéda elle-même à une diminution de ses prix, bien que cela représentait pour elle des dépenses considérables, étant donné l'absorption par la société Atlantic de la partie non subventionnée du transport entre la raffinerie de St-Jean et la destination la plus rapprochée, qui était alors Toronto plutôt que Montréal, comme c'était le cas avant la construction de la nouvelle raffinerie. La guerre de prix engloba bientôt la St. Lawrence. Il est résulté deux choses:

Premièrement: la Redpath, au détriment des autres sociétés, a en 1958, fait passer sa part du marché à 46.6%, de 42.8% qu'elle était en 1957.

Deuxièmement: Redpath a perdu la guerre des prix contre ses deux adversaires bien financés, et après avoir subi de sérieuses pertes financières elle était mûre pour être reprise par Tate et Lyle ... Par la suite, chacun des accusés décidait de maintenir ses actions en bourse traditionnelles. 129

Le juge conclut ensuite "bien que chacun insistait que c'était là le fait d'une décision objective, il serait naïf d'ignorer qu'il existait alors et jusqu'à présent un accord tacite à cet effet".¹³⁰ Il développait ensuite cette opinion dans les termes suivants:

D'après les témoignages, j'estime que le maintien des actions en bourse traditionnelles, rajustées, mais depuis extrêmement longtemps, était l'effet d'un accord tacite entre les accusés. Mais à mon avis, il n'a pas été prouvé que cet accord avait été conclu dans l'intention d'empêcher ou de diminuer exagérément la concurrence. Le maintien des actions en bourse traditionnelles visait à éviter une guerre des prix qui aurait éclaté si les accusés avaient seulement voulu les augmenter en montant les prix, et ce en pratiquant d'importants rabais. D'après l'ensemble des témoignages à cet égard, dont les actes manifestes, je ne suis pas en mesure de conclure que les actions en bourse étaient maintenues pour étouffer la concurrence. 131

Les accusés furent acquittés de ces deux chefs d'accusation.

Le cas des grandes ampoules

La Canadian General Electric Limitées (CGE), Westinghouse Canada Ltée et la GTE Sylvania étaient accusées d'avoir constitué un monopole et d'autre part d'avoir eu des ententes délictueuses entre le 1^{er} janvier 1959 et le 25 août 1969.¹³² C'est le deuxième chef d'accusation, aux termes du paragraphe 32(1)(c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalition qui nous intéresse particulièrement dans cette étude de l'évolution de la jurisprudence relative au "parrallélisme délibéré". Le juge Pennell avait adroitement résumé l'accusation de coalition prononcée par la Couronne, selon les termes suivants:

... Les accusés s'étaient entendus pour limiter exagérément la concurrence en concluant un accord ou une entente visant à adopter simultanément et à suivre religieusement un système de vente pratiquement identique relatif à la distribution et au prix des grandes ampoules électriques, par l'intermédiaire de concessionnaires, entre autres, et en poussant leurs distributeurs à maintenir les prix de vente ... 133

Les accusés ont déclaré qu'il n'existait entre eux aucun accord visant à adopter et à suivre le programme de vente lancé tout d'abord en 1959 par la CGE et modifié par la suite en 1961. Pennell J. décrivait leur position comme suit:

...Les agissements incriminés relèvent simplement d'une décision individuelle rationnelle, à la lumière de certains faits économiques pertinents. En effet, cette industrie représente un oligopole avec un produit homogène; les structures du marché voulaient que les concurrents publient leurs prix, qui ne pouvaient donc pas varier pendant un certain temps; de plus les décisions des accusés étaient fondées sur un parallélisme d'action propre à un secteur oligopole et ne relevant nullement d'une coalition, mais plutôt d'une pratique que décrit l'expression "parallélisme délibéré". 134

Définissant le parallélisme délibéré comme "le champ de bataille des litiges contre les coalitions," Pennell J. le définissait comme étant la fixation des prix se présentant dans un marché de type oligopole, sans qu'il y ait communication ou accord entre les vendeurs"¹³⁵ Il poursuivait en disant: "L'élément décisif du parallélisme délibéré est ... que les oligopoles sont interdépendants en ce qui concerne la fixation de leurs prix: ils basent leurs décisions à cet égard en grande partie sur les réactions qu'ils pourront susciter."¹³⁶

Dans ses conclusions sur des points de fait, Pennell J. estimait que les grandes ampoules électriques - comprenant des ampoules incandescentes, fluorescentes ou au mercure - étaient essentiellement un produit homogène; qu'elles constituaient un secteur distinct de l'industrie des ampoules, en termes de fabrication et de ventes, et qu'elles se situaient dans un marché national; de plus les trois accusés détenaient 95% des ventes et de la fabrication nationale. Il déclarait que la différence entre les 90% d'actions qu'admettaient les accusés et les 95% auxquels il était arrivé étaient "purement théorique".¹³⁷

La création en 1959 d'un programme de vente des grandes ampoules se justifiait selon eux car avant cette date "ce secteur avait subi d'importantes baisses de prix pendant quelque temps".¹³⁸ Bien que cette concurrence n'ait pas entraîné de pertes¹³⁹ CGE prévoyait sans doute que le programme diminuerait la concurrence au niveau des prix tout en augmentant les profits. Le premier programme de vente de la CGE, daté du 6 janvier 1959, "prévoyait tous les aspects de la distribution, de la vente et de la fourniture de grandes ampoules par la CGE à ses agents et distributeurs, et par ces derniers à leurs clients directs

et à ceux qui achetaient sur soumission".¹⁴⁰ Le prix consenti à chacun des distributeurs et à chacun des clients était déterminé par le prix spécifié sur la liste, diminué des types de rabais qui leur étaient respectivement accordés. Des agents détenant trois-quarts de la vente des grandes ampoules de la CGE devraient désormais travailler à la commission.¹⁴¹ Le juge faisait remarquer qu'à partir du 19 janvier, Westinghouse et Sylvania avaient obtenu copie du programme de vente qui ne devait pas entrer en vigueur avant le 1er avril 1959. La Couronne soutenait que la diffusion très anticipée du programme de 1959 devait permettre au chef de file du marché de signaler un changement de stratégie à ses concurrents. À cela, la CGE répondait que le bon sens exigeait cette publication anticipée afin de s'assurer que ses concurrents la suivraient.¹⁴² Westinghouse et Sylvania avaient en fait adopté des programmes très semblables, quoique non identiques, à celui de la CGE. En conséquence, les 2/3 des ventes d'ampoules de Westinghouse étaient faites par voie de consignation. Dès le début de l'été 63 et jusqu'au printemps 1964, Sylvania faisait travailler en consignation ses agents de vente sur le marché commercial et industriel (soit 75% de ses ventes).¹⁴⁴ À la suite de l'introduction du programme de vente de 1959 de la CGE, et selon les termes du juge, "les listes de prix et les rabais prévus par les trois programmes étaient pratiquement les mêmes et les accusés n'en ignoraient rien."¹⁴⁵

Quoique le programme de 1959 réduisait nettement la concurrence au niveau des prix, il eut beaucoup de rabais camouflés. Le juge Pennell concluait: "un examen des prix pratiqués par les trois accusés, tels qu'ils étaient publiés et tels qu'ils se manifestaient dans les ventes effectives indiquent une stabilité et une collaboration remarquable au cours de la période de complot supposé. Par opposition, les conditions du marché avant 1959 étaient catastrophiques."¹⁴⁶ Il y avait aussi des problèmes au sujet des pratiques de rabais pour diverses catégories de distributeur - le marché n'étant pas parfaitement fragmenté.¹⁴⁷ Encore une fois la CGE, agissant comme chef du secteur devait connaître son programme avant 1961, lors d'une rencontre de l'Association canadienne de l'électricité, en avril 1961. Les programmes, basés sur les prix nets devaient entrer en vigueur le 1^{er} septembre de cette année-là. Si le programme de 1959 était valable pour la CGE, celui de 1961 pourrait être encore plus avantageux. Comme l'indique une communication interne de cette société:

... si nous appliquons ce nouveau programme de vente des grandes ampoules selon ses modalités actuelles et si nous

maintenons le présent volume de nos activités, nous pourrions accroître nos profits annuels de quelque \$300,000. 148

L'auteur de cette déclaration, un important directeur des ventes de la CGE concluait, "c'est là un enjeu important et vous conviendrez, j'en suis sûr, qu'il mérite que l'on prenne certains risques à court terme." 149

Le 5 juillet 1961, la CGE distribuait son programme de 1961 à ses propres agents. Comme ce fut le cas en 1959, Westinghouse et Sylvania "décidèrent rapidement ... de coordonner leurs activités et d'appliquer des programmes pratiquement semblables, basés sur un même système de distribution et de barèmes de prix, et devant entrer en vigueur aux mêmes dates ..." 150 Bien que Westinghouse attendit le 1^{er} septembre 1961 pour diffuser son propre programme, elle suivit celui de la CGE à partir de la date de son entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 1961.

En utilisant des barèmes de prix établis à partir des prix nets, les fabricants d'ampoules espéraient éliminer complètement la concurrence au niveau des prix, concurrence qui se présenterait soit intentionnellement, soit à la suite d'erreurs. Après l'introduction du programme de 1961, tous les fabricants cherchèrent même encore plus à s'assurer que les prix prévus dans le programme étaient bien appliqués. Comme le disait Pennell J., "Les trois accusés contrôlaient strictement et étroitement toutes les activités de leurs agents", et il poursuivait en déclarant "cette surveillance peut justifier une accusation de complot." 151 Il était demandé aux agents de Westinghouse de calculer leur prix à trois décimales près. Les agents qui diminuaient leurs prix se voyaient menacés de perdre leur concession. La CGE exigeait de ses agents qu'ils retirent les soumissions qui ne se conformaient pas exactement aux prix fixés dans le programme de vente.

L'avocat à la défense citait la décision figurant dans Canada Cement Lafarge 152, selon laquelle le parallélisme délibéré, sans complicité, n'est pas un délit. Cependant, Pennell J. refusa d'admettre que le parallélisme délibéré équivalait à un complot, aux termes de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Il déclarait, "J'estime que la théorie des prix d'un oligopole n'entre nullement en ligne de compte pour déterminer si

l'accusé a contrevenu à son interdiction par la disposition de cette loi traitant des complots."¹⁵³ Mais il refusait d'aller jusqu'à dire que la preuve d'agissements parallèles dans des activités commerciales établit nettement une entente qui pèche contre les dispositions de l'article 32¹⁵⁴.

Le juge Pennell conclut finalement que les trois fabricants d'ampoules étaient coupables de complot. C'est ce qu'il décida en déduisant l'existence d'une entente (qu'il estima par la suite constituer une atteinte abusive à la concurrence) conclue entre les accusés, et en se fondant sur au moins huit documents probants, dont deux lettres adressées à des concurrents. Par exemple, après que l'un des agents de la CGE ait obtenu une adjudication en accordant 5% de rabais pour des ventes au comptant au lieu des 2% prévus au programme des ventes, un directeur de la CGE écrivit au directeur de district de Westinghouse pour lui faire savoir que cet agent ne toucherait aucun bénéfice sur cette transaction car la différence entre le prix coté et celui du concessionnaire serait versée à un organisme de charité! Selon le directeur de la CGE, il s'agissait de "la seule solution juste à ce problème", et il invitait son homologue de Westinghouse à l'appeler s'il avait besoin d'autres renseignements¹⁵⁵ Pennell J. tirait les conclusions suivantes:

Il est impossible qu'un homme exerçant les fonctions de directeur des ventes à la CGE informe son concurrent qu'un de ses agents a enfreint son propre programme de ventes, s'il n'y a pas entente entre ces concurrents.¹⁵⁶

Décrivant cette lettre comme "un document d'une valeur considérable", le juge poursuivait:

Des concurrents véritables n'envoient pas à leurs rivaux des rapports sur leurs activités commerciales... Ce n'était point la conduite d'un concurrent, mais celle d'un directeur des ventes qui estimait que les accusés avaient entre eux un accord explicite ou non, selon lequel ils devaient agir de concert, et poursuivre un but commun.¹⁵⁷

Il citait ensuite une note de service de Sylvania, qui indiquait que cette dernière avait signalé à Westinghouse et à la CGE une erreur de prix d'environ \$60 dans une transaction avec la Commission scolaire de Vancouver. Le juge Pennell posait les questions suivantes:

Pourquoi serait-il nécessaire d'informer un concurrent d'une erreur qui provient de son propre système de commercialisation? De quel droit un concurrent pourrait-il se plaindre au bureau-chef d'un rival qui exerce une concurrence véritable?¹⁵⁸

Il souligne ensuite que "le document est très clair si les prévenus avaient conclu une entente par laquelle ils s'engageaient à se conformer à leur programme de ventes"¹⁵⁹

Puis, on cite des lettres et des notes de services similaires. Dans l'une d'elles, un dirigeant de la CGE déclare, en faisant référence aux soumissions présentées au gouvernement fédéral: "... Il est clair que Sylvania ne se conforme pas à la politique que nous avons établie il y a déjà plusieurs années."¹⁶⁰ Dans une autre, un dirigeant de Sylvania, inquiet de certaines anomalies survenues dans l'établissement des diverses échelles de prix, déclare: "Dites-leur que quelqu'un fera rapport à leurs amis (Westinghouse) de ces différences et ils conclurent une entente avant qu'une mesure soit prise."¹⁶¹ D'après une note de service confidentielle, rédigée par Sylvania le 3 octobre 1963, il semblerait que l'entente conclue entre les trois grands fabricants de lampes comportait des restrictions sur la variété des lampes fabriquées. Elle se lisait comme suit:

..."Nous en convenons tous que cela (l'addition de plus de 750 heures-lampes) ne serait pas conforme à notre objectif principal des dernières années de réduire le nombre et la variété des modèles offerts aux commerces et aux industries."¹⁶²

Après avoir examiné les huit documents présentés dans la preuve le juge Pennell a souligné que Westinghouse et Sylvania avaient de bons motifs commerciaux d'adopter le programme de ventes de la CGE.¹⁶³ Il a ajouté que le plaidoyer de la défense visait à démontrer que ces trois grands étaient "des sociétés raffinées" qui pouvaient, grâce à un "système de signes raffinés" communiquer d'une façon efficace les uns avec les autres et coordonner leurs activités sans tenir de rencontres conspiratrices".¹⁶⁴ Voilà précisément le dilemme de la politique gouvernementale. Comme les actions et réactions du marché, qui s'exercent sans communication directe verbale ou écrite, comportent une source de renseignements très précise pour les principales entreprises d'un oligopole, ces dernières sont souvent en mesure de coordonner leurs activités de façon très étroite et sans collusion, au sens légal du terme, et sans recourir à un des facteurs "positifs" mentionnés dans les annales judiciaires américaines. Si la communication directe entre les fabricants de lampes n'avait pas constitué une preuve documentaire dans ce cas, les juges n'auraient probablement pas pu parler de violation de l'article 32.

Le juge Pennell en a conclu que:

(i) Les listes de prix affichées de Sylvania et de Westinghouse étaient alignées sur celles de CGE et "celles-ci dictaient normalement -- mais non invariablement-- le prix du marché."¹⁶⁵ Etant donné que la CGE n'a pas été à l'origine de tous les changements de prix, qui ont été immédiatement adoptés par tous ses compétiteurs, on ne peut qu'en conclure que la CGE ne constituait qu'un indicatif "barométrique" des prix.

(ii) "Les communications constantes entre les défendeurs étaient au delà des prétendus motifs commerciaux qui dictaient leurs pratiques ventes mutuelles."¹⁶⁶ Le juge Pennell s'est préoccupé au plus haut point de la teneur de ces communications. En outre, ajoute-t-il, "il existait un système de communications directes et indirectes, entre les sociétés,

défenderesses, à divers niveaux du réseau de distribution, qui avait pour but de contrôler les déviations des concurrents dans leurs soumissions et dans les prix qu'ils demandaient pour des produits similaires."¹⁶⁷

En général, le juge Pennell n'a "pas pu statuer qu'il y a eu unanimité d'action entre les accusés par l'exercice d'une forme de parallélisme conscient dans les prix".¹⁶⁸ En d'autres termes, les gestes de défenseurs étaient plus intimement coordonnés que ceux d'un oligopole sans collusion qui exercerait un parallélisme conscient des prix demandés sans qu'il y ait communication entre les entreprises. Le juge poursuit en disant:

La communication est la source même de tout complot, car ce n'est que par elle que l'on peut prouver le but commun des parties. Une étude approfondie des témoignages me convainc qu'il y a eu entente entre les accusés en vue de mettre sur pied et de maintenir un programme de ventes industrielles pour finalement éliminer et supprimer la concurrence de prix entre eux.¹⁶⁹

Ayant jugé qu'il y avait entente, le juge devait déterminer si celle-ci entravait indûment la concurrence. Quant au sens de ce terme, il a repris la définition donnée par le juge Duff dans l'affaire R. vs Elliott,¹⁷⁰ passée en Cour suprême et celle donnée par le juge Cartwright dans l'affaire Weidman vs Shragge¹⁷¹ et Howard Smith¹⁷². Il a ensuite souligné que la définition de monopole énoncée par le juge Cartwright en 1957 ne s'était pas appliquée dans l'affaire Abitibi¹⁷³, pas plus que celle donnée par le juge d'appel Laskin (poste qu'il occupait alors) dans la dissidence qu'il a exprimée dans l'affaire Beamish Construction¹⁷⁴. Le juge Pennel a ensuite étudié le comportement des défenseurs pendant l'exercice du présumé complot et a trouvé que les allégations de pratiques abusives étaient sans fondement et que les défenseurs n'avaient pas entravé les importations.¹⁷⁵ Il a également soutenu que les contrats de consignment n'étaient pas illégaux, mais a indiqué que l'expérience démontre

que la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions redonne à ce type d'entente que l'usage pour lesquels il avait été conçu."¹⁷⁶ Le juge Pennell a affirmé que "ce n'est pas tellement l'annonce préalable des programmes de ventes ou des prix qui caractérisait cette entente, mais bien l'obligation d'adhérer sans dévier aux prix et aux conditions annoncés publiquement... Le contrôle exercé sur le système de consignation est important, car il démontre le degré de culpabilité des accusés dans leurs tentatives en vue d'échapper à l'influence du marché concurrentiel."¹⁷⁷ Il a soutenu que:

N'importe lequel des accusés, même en agissant seul, aurait pu légitimement exigé l'adhésion globale à son programme de ventes.

Tout acte inoffensif isolé prend le caractère du complot lorsqu'il est posé par trois parties qui dominent le marché et qui se concertent.¹⁷⁸

Mais, le problème demeure. Si chacun des fabricants de lampes a adopté, de façon autonome, le programme de ventes de la CGE, et a exigé de ses agents qu'ils se conforment à ses conditions sans avoir pris entente, par écrit ou verbalement, avec ses concurrents, peut-on définir cette attitude comme "geste de concertation". Ce comportement parallèle peut-il être interprété comme un complot.

Le juge Pennell en a conclu qu'étant donné que ces trois entreprises ont adopté des programmes de ventes très similaires, y compris le système de consignation, elles ont "étouffé la concurrence à l'égard des prix", car "lorsque le produit est homogène, le prix est a fortiori l'élément dominant de la concurrence".¹⁷⁹ Il a reconnu que même si ces sociétés avaient exercé une certaine concurrence à l'égard des prix et ce, davantage dans le cadre du programme de 1959, elles s'étaient sporadiquement renvoyé la balle en ce qui concerne la diversité des modèles et n'avaient pas exercé une concurrence libre et ouverte comme celle à laquelle le public avait droit."¹⁸⁰ Tout en soutenant que l'aviilissement de la concurrence était inacceptable, le juge Pennell a repris les mots du juge Cartwright selon lesquels "les accusés s'étaient arrogés le droit de poursuivre leurs activités sans être virtuellement affectés par la concurrence."¹⁸¹

V. Conclusions et conséquences pour les pouvoirs publics

Le parallélisme conscient, qui prend surtout la forme d'un comportement d'oligopole étroitement coordonné mais sans collusion, constitue l'un des problèmes principaux que pose l'élaboration d'une politique de la concurrence. Les tribunaux canadiens ont refusé de condamner certaines actions parallèles des membres d'un oligopole, même si celles-ci étaient coordonnées et étroitement liées, toutes les fois que la Couronne n'a pu prouver ou que le tribunal n'a pu en déduire qu'il y avait entente tacite ou expresse. Même si les législateurs soutiennent depuis longtemps qu'en matière de complots, il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve directe de l'existence d'une entente et qu'il est toujours possible de supposer qu'elle existe à partir de l'ensemble des preuves circonstanciées, la conclusion peut être préjudiciable aux accusés non pas simplement en ce qui concerne les rapports qu'on peut établir entre les faits et la culpabilité des accusés, mais parce qu'il est possible qu'ils soient contraires à toute autre forme de conclusion rationnelle. Même s'il n'est peut-être pas difficile, sur le plan de l'analyse économique, de répondre à la deuxième partie de la question, les juges (qui proclament fièrement qu'ils ne sont pas des "économistes de profession") peuvent assez facilement trouver d'autres explications "rationnelles" du comportement parallèle des hommes d'affaire.

L'affaire Atlantic Sugar¹⁸² illustre bien la difficulté de faire la preuve de l'existence d'un oligopole à l'aide des instruments juridiques conventionnels du complot. Dans le sens légal du terme, la preuve de l'entente n'était pas nécessaire dans ce cas. Les trois grands fabricants auraient pu obtenir le même résultat par un comportement sciemment parallèle. Lorsque le nombre d'entreprises à haut taux d'actionnariat est faible et que le produit est homogène, chacune d'elles peut, en toute autonomie et sans concertation verbale ou écrite, établir une structure de prix. Cela montre qu'elles ont des modèles de comportement très semblables et que la concurrence qu'elles se livrent se limite aux

activités qui ne sont pas susceptibles de les heurter financièrement. Comme l'a fait remarquer Donald Eldon, un oligopole

"... tend à planifier la concurrence, à s'assurer une certaine reconnaissance de la part de l'ensemble des vendeurs sur les divers types de concurrence qu'ils exerceront normalement. Il ne semble y avoir avilissement marqué des prix que lorsque la stabilité de l'industrie est temporairement rompue, comme par l'arrivée d'une nouvelle entreprise sur le marché ou par l'émission d'une offre déterminée par une entreprise établie, en vue d'accaparer une plus grande part du marché.¹⁸³

Nous devons reconnaître que le phénomène industriel le plus important qui freine l'élaboration d'une politique de la concurrence, l'existence de l'oligopole étroitement coordonné sans collusion, dépasse le cadre des instruments juridiques officiellement établis non pour régler le comportement économique et les effets de l'oligopole, mais pour réglementer les ententes entre les parties qui posent des gestes clairement définis comme illégaux. Eldon conçoit le problème ainsi:

La source du problème (de l'oligopole) se situe partiellement dans le fait que la loi nord-américaine sur les coalitions a été promulguée avant que les économistes commencent à se préoccuper sérieusement de la question de l'oligopole. Par conséquent, la loi a été rédigée à la lumière de la notion moins raffinée de pur monopole et de concurrence parfaite, pure ou libre.¹⁸⁴

Il semble évident que les tribunaux ne font que commencer à s'attaquer sérieusement, (par exemple, l'affaire Armco¹⁸⁵) au problème de l'oligopole sans collusion. Les subtilités de la concurrence oligopolistique ne font que commencer à voir le jour. Comme le fait remarquer Eldon,

Lorsque les oligopoles se font concurrence, leurs actions et réactions sont plus variées et plus complexes. La tendance à vivre et à laisser vivre, à essayer d'en arriver à une entente sur les modalités et les

limites acceptables de la concurrence des prix et à exercer une concurrence autre que l'avilissement des prix rend la concurrence oligopolistique plus subtile et raffinée que celle qui a cours dans les marchés caractérisés par le grand nombre de vendeurs.¹⁸⁶

Les effets, en termes de prix, de profits et d'efficacité productive, de l'oligopole collusoire typique et ceux obtenus par le parallélisme conscient ne sont pas censés être différents. Le comportement étroitement coordonné, réalisé par une action "indépendante" et grâce à un parallélisme conscient, dépasse apparemment le cadre de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Si nous voulons, sérieusement du moins, faire disparaître les formes les plus intimes de coordination, nous devons prévoir, de nouveaux instruments. La définition de "entente" donnée dans l'affaire British Basic Slag représente une nette amélioration. La preuve énoncée dans la décision rendue par le juge Mackay ne permet pas de savoir s'il aurait condamné l'accusé dans l'affaire Atlantic Sugar s'il avait adopté cette orientation. En général, afin d'avoir des prises de décisions anti-coalitions plus pertinente du point de vue économique, il nous faudra régler de telles poursuites lors des cours criminelles. C'est la position que défendent Skeoch, McDonald et al. dans leurs projets de modifications de deuxième étape à la Loi sur les coalitions.¹⁸⁸ David Cayne a exprimé l'avis que la plus grave lacune de la Loi sur les coalitions rédigée au Canada par un juge a été d'élaborer "des règles rigides qui varient selon la forme des activités industrielles plutôt qu'en fonction des substances ou de ses conséquences..."¹⁸⁹

Il ajoute:

... le rejet juridique des concepts du pouvoir du marché et de l'efficacité économique dans l'appréciation du comportement des sociétés a fait qu'on n'applique pas de normes semblables à l'intégration horizontale effectuée par différents moyens.¹⁹⁰

Le terme intégration horizontale qu'emploie Cayne comprend à la fois les fusions et l'interdépendance oligopolistique. Quant à cette dernière, il souligne que la seule différence entre le leadership en matière de prix et les activités volontairement parallèles d'un oligopole et les autres formes de collusion, c'est que "la communication (entre concurrents) peut se faire indirectement dans le système de marché lui-même".¹⁹¹ Il affirme que puisque les conséquences sont les mêmes, "il est inutile d'associer la légalité du pouvoir commercial qui en découle au caractère du processus de communication lui-même".¹⁹² Précisément! Mais à cet égard la loi est l'otage d'une jurisprudence qui n'a rien à voir avec la nature économique du problème de l'oligopole libre de toute collusion.

Cependant, ayant lu l'analyse des cas canadiens, il est important de ne pas perdre de vue le dilemme fondamental de la politique publique à l'égard de l'oligopole. Si nous condamnons le parallélisme volontaire, le leadership en matière de prix et d'autres formes d'oligopole libre de toute collusion (au sens juridique) et que nous voulons exiger que ces sociétés poursuivent leurs activités indépendamment, en ce sens qu'elles sacrifient leur propre intérêt dans le contexte d'une dépendance mutuelle, nous leur demandons d'agir contre la raison. Il est vrai qu'une des caractéristiques des sociétés appartenant à un oligopole (surtout celles ayant des produits différents et (ou) des barrières à l'entrée) c'est qu'elles détiennent ensemble des pouvoirs discrétionnaires considérables quant au rapport entre leurs prix et leur production. En théorie, il est donc possible que les sociétés en arrivent à un niveau de prix et de production identique (en supposant qu'il n'y a pas d'économie d'échelle) à celui de la concurrence parfaite. D'autre part, le résultat se rapprocherait encore plus de celui d'un vrai monopole.

En général, les sociétés reconnaissent non seulement leur interdépendance mais sont aussi capables d'agir en conséquence pour faire fructifier la puissance qu'elles possèdent sur le marché. Ainsi, la solution oligopolistique typique est caractérisée par des prix et des bénéfices plus élevés que la production moins élevée que si le nombre de sociétés était suffisamment large pour que ces dernières soient empêchées de prendre des mesures à l'égard d'une interdépendance perçue. D'autre part, nous n'avons pas remarqué de forte concurrence en matière de prix, bien qu'une rivalité active n'ayant rien à voir avec les prix puisse exister en l'absence de profits excessifs. L'inefficacité de la production et de la distribution peut fort bien échapper à l'observation.

Au Canada, où la petite taille du marché national, conjuguée à l'économie d'échelle, nécessitent évidemment que nous acceptions un nombre relativement faible de producteurs dans de nombreuses industries, les solutions de rechange au problème d'un parallélisme volontaire sembleraient être comme suit:

1. La dépendance des sociétés intéressées sur l'auto-réglementation et l'auto-surveillance;
2. La surveillance gouvernementale directe, bien financée et continue du rendement de chaque industrie;
3. Adoption d'un programme pro-concurrence devant inclure:
 - a) L'interdiction directe de la plupart des "facteurs excédentaires" identifiés dans ce document, dans les industries le degré de coalition est relativement élevé.

- b) Un programme de réductions tarifaires échelonnées sur une certaine période pour toutes les industries en coalition dont le rendement économique laisse à désirer.
- c) L'interdiction directe de toute forme de refus de traiter et de tous les systèmes de distribution territoriale exclusive.
- d) L'interdiction directe de la discrimination géographique sélective en matière des prix par les sociétés prédominantes.

L'adoption de la première solution équivaut à ne rien faire sauf poursuivre l'attaque contre les ententes évidentes ou tacites, assujetties à l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Les hommes d'affaires savent très bien qu'il est avantageux de protéger le parallélisme volontaire contre toute poursuite relative aux coalitions. L'Association des manufacturiers canadiens, dans le mémoire qu'elle a présenté au gouvernement concernant le rapport Skeock-MacDonald, désire s'assurer que les activités parallèles libre de toute collusion ne soient pas assujetties à des poursuites.¹⁹³ Lorsqu'on étudie cette auto-réglementation dans le contexte d'une politique anti-fusion faible, il est évident qu'il y aura certainement une augmentation des prix, des bénéfices et peut-être aussi des coûts au fur et à mesure que les industries deviendront, par voie de coalition; des oligopoles pouvant effectuer une coordination étroite par l'entremise du parallélisme volontaire.

Le deuxième choix, soit l'intervention publique à l'égard du rendement économique insatisfaisant d'une industrie ou d'un groupe de sociétés, constituerait une dérogation à la politique publique canadienne. Les Lois sur les coalitions ont toujours été axées sur les activités ou le comportement. Par exemple, dans les cas de coalition, l'orientation adoptée se résumait ainsi: "l'abus prouvé, les activités sont taxées d'illégalité". C'est-à-dire que les juges ont décidé que dès que la conspiration était prouvée (par preuve directe ou par déduction recevable), ils refusaient catégoriquement de considérer le rendement économique pouvant découler d'un accord illégal.¹⁹⁴ La détermination de ce qui constitue une entente visant indûment à restreindre ou diminuer la concurrence a été fondée sur la proportion du marché qui a été touchée par la coalition. Bien que les juges canadiens n'aient pas adopté une norme structurel précise, les décisions rendues semblent indiquer que si la moitié ou plus de la production du marché en question provient de firmes parties à l'entente, cela constitue une diminution indue de la concurrence.¹⁹⁵

L'adoption d'une norme de rendement soulève évidemment la question à savoir: "Comment va-t-on mesurer le rendement?" Nous devons aussi déterminer le niveau minimal de rendement qui est socialement acceptable pour chacune des mesures du rendement de la société et de l'industrie. Nous songeons aussi à la nécessité de faire des concessions. Que faisons-nous si une industrie enregistre des profits fort excessifs sur une période de 5 à 10 ans, tout en étant considérée comme innovatrice dans les méthodes de production et dans l'introduction de nouveaux produits?

Dans le cadre de cette orientation, le fait de déterminer quelles mesures doivent être prises si le gouvernement juge que le rendement n'est pas satisfaisant, n'est sûrement pas le moindre de nos problèmes. En 1973, la Monopolies Commission du Royaume-Uni a publié un rapport sur l'établissement parallèle des prix dans 5 industries.¹⁹⁶ Lorsque les prix sont fixés parallèlement sans qu'il y ait entente formelle, la Commission a déterminé deux genres de mesures correctives pratiques à part la dissolution: l'interdiction des fusions et la réduction des barrières d'entrée y compris la réduction des tarifs; et la surveillance directe des prix par le gouvernement. Dans son rapport sur l'industrie des céréales en flocons, selon lequel la plus importante société contrôlait 60% du marché alors que la deuxième et la troisième ensemble en contrôlaient 30%, la Commission a opté pour la surveillance directe et a affirmé:

Nous ne voyons aucun moyen pratique de changer la structure de l'industrie ou la nature de la concurrence dans l'industrie de façon à garantir la restriction des prix de Kellogg soient contrôlés et qu'on exige que Kellogg demande l'approbation du gouvernement avant d'augmenter les prix de ces céréales en flocons.¹⁸⁷

Si nous décidions de surveiller ainsi directement l'établissement des prix, nous exercerions en fait sur un grand nombre d'industries au Canada, et de façon permanente, une surveillance semblable à celle dont est chargée la Commission de lutte contre l'inflation. Il faut remettre sérieusement en doute le coût de ce genre d'intervention de même que sa justification politique.

Pour ce qui est de la troisième solution, soit l'adoption d'un "programme destiné à stimuler la concurrence", nous nous concentrerons sur les points a) et b) puisque Milton Moore ¹⁹⁸ a déjà discuté longuement des points c) et d). Les économistes qui étudient l'organisation de l'industrie cherchent depuis longtemps à utiliser le tarif comme un facteur important de la politique de la concurrence. Pour des raisons d'efficacité (un marché local restreint comportant des économies d'échelle importantes), le nombre de producteurs locaux dans un grand nombre d'industries canadiennes doit être limité. Dans ces conditions, nous nous attendons à ce que les producteurs locaux établissent des prix limites; autrement dit, le prix fixé par ces derniers doit être égal au prix des produits fabriqués à l'étranger qui peuvent servir de substitut, auquel on ajoute les tarifs et les frais de transport. Lorsque la protection accordée est telle que le prix limite donne lieu à une certaine inefficacité ou à des profits excessifs, il y a tout lieu de songer à la réduire ou à l'éliminer. Actuellement, en vertu de l'article 28 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le Cabinet peut réduire les tarifs dans les cas où il y a complot, fusion et monopole lorsque "les droits de douane imposés

sur cet article ou sur tout semblable article favorisent présentement cette situation défavorable où se trouve le public ...". On a eu recours une seule fois ¹⁹⁹ à ces mesures qui peuvent être très efficaces. Bien que Skoech-McDonald et d'autres mettent en doute la théorie selon laquelle les seules réductions de tarifs assureront une certaine efficacité à long terme, ²⁰⁰ nous croyons que dans de nombreux cas, ces diminutions auront pour effet de réduire les prix que doivent payer les consommateurs canadiens et inciteront également les entreprises locales à fabriquer et à distribuer leurs produits de façon efficace.

En matière de politiques relatives à la concurrence (surtout lorsque la déconcentration des structures n'est pas souhaitable pour des raisons d'économies d'échelle), la deuxième solution que l'on pourrait appliquer aux oligopoles consisterait à parvenir à des combinaisons de prix et de production qui se rapprocheraient plus de l'équilibre de la concurrence que si l'on maintenait l'oligopole à l'intérieur duquel il n'y aurait pas entente. Étant donné que pour de nombreux oligopoles, la coordination étroite des activités de diverses entreprises est facilitée ou même entraînée par ce que nous avons appelé des "facteurs positifs" dans les cas observés aux Etats-Unis, on pourrait recourir, dans l'établissement des politiques gouvernementales à une solution pratique qui consisterait à interdire le recours à ces moyens aux oligopoles à l'intérieur desquels les entreprises travaillent en étroite collaboration.

Nous devons abandonner l'idée selon laquelle on ne peut rien faire (sauf interdire les arrangements collusoires) pour rompre l'équilibre (peut-être inefficace) entre les prix et les profits élevés qu'établissent les oligopoles.

Nous croyons que des efforts énergiques et soutenus visant à éliminer ces facteurs positifs énumérés précédemment, de même que tout autre auquel on pourrait avoir recours, feront varier davantage les prix et permettront, dans l'ensemble, l'établissement de prix plus bas que ceux qui seraient fixés si les autorités permettaient aux oligopoles de coordonner leurs efforts. Même si nous doutons que les résultats obtenus produisent une situation semblable à celle qui existerait en situation de concurrence normale, nous prévoyons que les avantages qu'on en retirera seront supérieurs aux coûts investis. Nous tenons également compte du fait que même s'il interdit le recours à cette grande variété de facteurs positifs, le gouvernement ne pourra pas éliminer les cas de parallélisme volontaire où les entreprises ne font pas d'arrangements collusoires ni ne jugent nécessaire de recourir à l'un des mécanismes de coordination interdits. Même si l'on appliquait nos recommandations, les oligopoles concentrés, établis depuis longtemps et fonctionnant avec une certaine souplesse, qui peuvent coordonner leurs efforts sans faire d'arrangements collusoires ou recourir aux facteurs positifs, seraient hors d'atteinte de la Loi. Il faudrait procéder à des modifications profondes des politiques pour solutionner ce problème.

Malheureusement mais inévitablement, une politique gouvernementale destinée à éliminer les facteurs positifs s'attacheraient aux symptômes (activités commerciales) et nous aux causes profondes qui permettent à des entreprises de coordonner étroitement leurs activités. L'interdépendance des entreprises d'un oligopole est évidente. Dans l'établissement de notre politique, nous devons viser à réduire la liberté d'action que leur accorde cette interdépendance au détriment de l'intérêt public.

RENOIS

1. Donald Eldon, The Oligopoly Problem in Competition Policy, étude de référence pour la présentation du Rapport provisoire sur la politique de concurrence, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1970, citation p. 151.
2. Milton Moore, How Much Price Competition? Montreal, McGill-Queen's Press, 1970, p.3
3. Ibid. p.5, traits ajoutés.
4. Heureusement, sur la plupart des marchés, la possibilité de maintenir les prix à des niveaux supérieurs à ceux qui seraient fixés par les forces de la concurrence est atténuée par divers facteurs du marché. Ces contraintes influençant l'établissement des prix comprennent l'élasticité de la demande des produits, la disponibilité de substituts, la possibilité que d'autres entreprises locales se joignent au marché, la menace que représentent les importations, les frais des communications, les écarts entre les coûts des diverses entreprises, la diversité des produits, les

groupements de commandes et leur rareté de même que les améliorations techniques.

Il ne fait presque aucun doute que ces facteurs réduisent la latitude des oligopoles, même ceux dont les diverses entreprises sont bien coordonnées, de fixer de façon permanente des prix supérieurs à ceux qui seraient établis dans ces conditions de concurrence normale. Toutefois, le fait qu'il puisse exister certaines limites offre une piètre consolation aux consommateurs canadiens qui doivent payer des prix excessifs pendant une période prolongée.

5. L'expression "comportement indépendant" dans le contexte d'un oligopole concentré sera définie subséquemment.
6. United Kingdom Monopolies Commission, Report on Breakfast Cereals, Londres, 1973, par. 79.
7. Funk and Wagnall's Standard College Dictionary (Edition canadienne), Toronto, Fitzhenry and Whiteside, 1974, p. 684.
8. Edward Chamberlin, The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1933
9. Alexander Henderson, "The Theory of Duopoly," Quarterly Journal of Economics, vol. 68, novembre 1954, p.565.
10. Almarin Phillips, Market Structure, Organization and Performance, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962.
11. Ibid. p.28
12. Ibid. p.29
13. Des 48 cas où des entreprises ont été condamnées à des amendes pour complot au Canada depuis 1889 (sauf lorsque des particuliers ou

une association seulement faisait l'objet des poursuites, huit entreprises ou plus étaient impliquées dans 21 cas. Dans certains complots plus importants, un nombre beaucoup plus élevé de sociétés ont été reconnues coupables. Par exemple, dans l'affaire Container Materials (1942), S.C.R. 147; 77 C.C.C. 129; 1 D.L.R. 529), entreprises ont été condamnées.

Dans l'affaire Howard Smith (1957), S.C.R. 403; 26 C.R. 1; 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R. (2^e) 449), 28 entreprises ont été reconnues coupables. Dans l'affaire Abitibi (1961), 131 C.C.C. 201; 36 C.P.R. 188), le nombre s'établissait à 17; dans l'affaire Montreal Linen Supply (1967) 2 Ex. C.R. 53; 2 C.R.N.S. 62; 52 C.O.R. 189), 18 sociétés étaient en cause et dans l'affaire Paperboard Shipping Containers (1969) 2 O.R. 305; 3 C.C.C. 263; 5 D.L.R. (3^e) 263; 59 C.P.R. 97), 20 sociétés ont été condamnées.

14. Phillips p. 31

15. Phillips, p. 73

16. Donald F. Turner, "The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," Harvard Law Review, vol. 75, février 1962, 655-706.

17. Voir note 10.

18. R. A. Posner, "Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach," Stanford Law Review, vol. 21, juin 1969, 1562-1606.

19. C-O.Two Fire Equipment Co. v. U.S. 197 F. 2^d. 497 9th Cir., 1952) ordonnance d'un tribunal supérieur rejetée 344 U.S. 892 (1952).
20. F.M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago, Rand McNally, 1970, p.447.
21. U.S. v. Charles Pfizer & Co., Inc., et al. 281 F. Supp 937 (1968).
22. Tiré des pages 6200-6201 de la feuille d'audience, citée par Scherer, p. 447. En avril 1970, le verdict de culpabilité rendu par le jury du tribunal de première instance a été renversé et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Après ce procès, le juge Canella a rejeté l'acte d'accusation (367 F. Supp 91 (S.D.N.Y. 1973)).
23. Eastern States Lumber Dealers' Association v. U.S., 234 U.S. 600 (1974) p. 612.
24. Interstate Circuit Inc., et al. v. U.S., 307 U.S. 208, (1939).
25. American Tobacco Co. et al. v. U.S. 328 U.S. 781 (1946).
- \ A propos de cette affaire, le professeur William Nicholls a soutenu (" The Tobacco Case of 1946", American Economic Review, vol. 39, mai 1949, p. 285) qu'aucune preuve ne permettait de croire que l'établissement d'un projet commun avait été prévu ou proposé .
26. American Column and Lumber Co. et al, v. U.S. 257 U.S. 377(1921).
27. U.S. v. American Linseed Oil Co. et al., 262 U.S. 371 (1923).
28. Tag Manufacturers Institute et al. v. Federal Trade Commission, 43 F.T.C. 499 (1947), 174 F. 2^d. 452 (1949). On trouvera dans Scherer, p. 449-452, des commentaires intéressants portant sur ces affaires.

29. See F.T.C. v. Cement Institute et al., 333 U.S. 683 (1948)
et Triangle Conduit and Cable Co. et al. v. F.T.C., 168 F. 2d
175 (1948).
30. 346 U.S. 537 (1954).
31. Ibid. pp. 540-541.
32. Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models,
Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1968, p. 113.
33. R. C. Canada Cement Lafarge Ltd. en col. (1973) 12 C.P.R. (2d) 12.
34. Ibid. p. 17.
35. Ibid. p. 15. Le discours a d'abord été prononcé devant le
Public Buyers Group de la Colombie-Britannique (Vancouver), 12
octobre 1962, citation p.8
36. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 148, 149, 150.
37. R.C. Canada Cement Lafarge Ltd. en col. (1973) 12 C.P.R. (2d) 12, p.14
38. Ibid. p. 14.
39. R.C. Aluminum Company of Canada Limited en col. (1976) 22 C.P.R. (2d) 216.
40. Ibid. p.220.
41. Ibid. p. 220.
42. Ibid. p.221.
43. Ibid. p. 221.
44. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129.
45. Rapport de la Commission sur les pratiques restrictives du
commerce, The Metal Culvert Industry, Ontario and Quebec, Ottawa,
Imprimeur de la Reine, 1970.
46. R.C. Armco Canada Ltd. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 136.
47. Ibid. p. 135.

48. The Metal Culvert Industry ... p.29.
49. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p.136.
50. Ibid., p.138.
51. Ibid., p. 138.
52. Ibid., p. 141.
53. Ibid., p. 141-142.
54. Affaire Hodge (1838) 2 Lewin 225; 168 E.R. 1136.
55. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 144
56. Ibid , p. 144
57. Ibid, p. 145
58. Ibid, p. 146
59. Milton Moore, How Much Price Competition?, Montreal, McGill-Queens Press, 1970, p. 31-36.
60. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p.146.
61. Ibid, p.146
62. Ibid, p. 146
63. Ibid, p. 147
64. Ibid, p. 147
65. Ibid, p. 147
66. Ibid, p. 147
67. Ibid, p. 148
68. Ibid, p. 148
69. Ibid, p. 148
70. Ibid, p. 148-149
71. Ibid, p. 152
72. Ibid, p. 155

73. Ibid p.155
74. Ibid p.155
75. Ibid p.156
76. Ibid p.156
77. Ibid p. 158
78. Ibid p.159
79. Ibid p.162
80. Ibid p.173
81. Ibid p.179
82. Ibid p.178
83. Ibid p.178
84. Ibid p.180
85. Ibid p.179
86. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 182.
87. Rapport du directeur des enquêtes et des recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, pour l'année se terminant le 31 mars 1968, Ottawa Imprimeur de la Reine, 1968, p. 43-46
88. R.C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 183
89. Ibid, p. 184
90. Ibid, p. 187
91. À ce propos, voir l'article de Majes Sherbaniuk, "Identical bids usually result of market forces", (des offres identiques découlent habituellement de forces du marché) Financial Post, 5 mai 1973, p. C-1, C-2.
92. R. C. Armco Canada Ltd. en col. (1975) 21 C.C.C. (2d) 129, p. 188
93. Ibid, p. 188
94. Ibid, p. 189. Noter l'application de la règle à la dernière phrase, dans l'affaire Hodge

95. Ibid, p. 191
96. Ibid, p. 191
97. Ibid, p. 191
98. R.C. Armco Canada Ltd. en col. Décision non connu, cour d'appel de l'Ontari
2 février 1976, Bureau fo Competition Policy mimeo 221-3
99. Ibid, p.8
100. Ibid, p.9
101. Ibid, p.9
102. Ibid, p.9
103. Ibid, p.10
104. Ibid, p. 11
105. R.C. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. en col., décision non connue,
Cour supérieure du Québec (criminel) 19 décembre 1975, Bureau of
Competition Policy mineo 243-1, 103 pp.
106. Ibid, p.48
107. Ibid, p. 81
108. Ibid, p. 81
109. Ibid, p. 84
110. Ibid, p. 85
111. Ibid, p. 85
112. Ibid, p.86
- 113 Ibid, p. 46
114. Ibid p. 91
115. Ibid p. 87
116. Ibid p. 88
117. Ibid p. 88
118. Ibid, p. 90

119. Sce note 93 supra.

120. Ibid. p.90

121. Ibid. p.93

122. En mars 1962, en vertu de l'alinée 498 (1) d) du Code criminel, les trois grands raffineurs de l'Est ont été accusés d'avoir comploté pour réduire indûment la concurrence dans la production du sucre raffiné. Les trois ont plaidé coupable et ont été reconnus coupables le 15 janvier 1963. Le 18 mars de la même année, ils ont été condamnés à une amende de \$25,000 chacun et soumis aux disposition d'une ordonnance leur interdisant de continuer à commettre cette infraction ou de la répéter.

L'Atlantic Sugar en a appelé des dispositions de l'ordonnance d'interdiction. Ce n'est que le 21 juillet 1967 que la Cour d'appel du Québec a rendu un jugement final maintenant la décision de la Couronne de même que les dispositions originales de l'ordonnance. Même si la mise en accusation ne portait que sur la période comprise entre 1950 et 1953, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a indiqué dans son rapport de 1960 que l'infraction avait été commise pendant de nombreuses années (p.9). Dans son exposé de la preuve présenté à la C.O.R.C., le directeur des enquêtes et des recherches a allégué que les entreprises avaient conclue entre elles les accords suivants:

- Elles se sont entendues tacitement pour établir des prix de base uniformes

- elles ont convenu d'écarts de prix relatifs à des quantités et à différentes qualités.
- elles ont conclu des accords portant sur des frais de transport et certains prix à la livraison, et
- elles ont établi leur politique de vente de façon à ce que la part du marché de chacune demeure à peu près la même chaque année. Pour ce faire, elles ont échangé à intervalles rapprochés des renseignements sur leurs chiffres de vente. (Rapport de la C.P.R.C., 1960, p. 9-10)

La C.P.R.C. concluait que les pratiques adoptées par les trois raffineurs de l'Est à propos de l'établissement de prix de base et de frais de transport uniformes, des écarts entre les prix relatifs à certaines quantités et des concessions au niveau des prix, a restreint la concurrence dans l'industrie du raffinage du sucre dans l'Est au détriment du public (p. 312).

L'ordonnance d'interdiction de 1963 défendait aux entreprises de fixer un prix de vente uniforme, d'établir des écarts de prix fixes relatifs à certaines quantités et qualités, de convenir de frais de transport uniformes et d'organiser leurs ventes de façon à conserver une part constante du marché.

À la lecture de la décision du juge Mackay dans cette affaire qui a été portée en appel, il devient évident que les raffineurs agissaient avec une telle coordination qu'il leur était inutile de conclure un arrangement au sens juridique.

123. R.C. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. en coll. Décision non connue, Cour supérieure du Québec (criminel), 19 décembre 1975, Bureau of Competition mimeo 243-1, p. 94.

124. Rapport de la Commission des tarifs. Référence no. 146, sucre, Ottawa, Information Canada, 1971, tableau 24, p. 68.

125. Ibid. p. 71.

126. Ibid. p. 72.

127. Ibid. p. 75, tableau 28.

128. R.C. Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. en coll. Décision non connue, Cour supérieure du Québec (criminel), 19 décembre 1975, Bureau of Competition Policy mineo 243-1, p. 95.

129. Ibid. p. 95.

130. Ibid. p. 95.

131. Ibid. p. 96, traits ajoutés.

Dans la phrase suivante, le juge Mackay indique que les difficultés qu'a connues la Cartier Sugar à ses débuts (jusqu'à ce qu'elle soit achetée par Steinberg) n'étaient pas attribuables à son incapacité de prendre part au marché. Plus tôt, le juge avait cité la témoignage d'un dirigeant de la Cartier qui expliquait que cette entreprise fixait les mêmes prix que la Redpath; il a déclaré: "si j'avais fixé un prix plus bas, on m'aurait soumis aux dispositions d'ordonnances et je n'aurais pu répondre aux besoins de mes

clients." (p. 93). Le juge ignorait toutefois, même si de son propre aveu il avait pris connaissance du témoignage auparavant, que le président de l'Atlantid Sugar avait demandé au sénateur Salter Hayden, qui faisait également partie du conseil d'administration de l'Atlantic et qui était président du puissant Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, d'empêcher la Cartier de prendre part au marché (p. 80). Les principaux efforts du raffineur pour empêcher la Cartier de prendre part au marché et pour réduire par la suite la concurrence que cette entreprise pouvait offrir sont expliqués dans une lettre de 60 pages datée du 11 décembre 1970, que Robin Austin (fondateur de la Cartier) a fait parvenir au ministre des Finances. Selon Austin, l'Atlantic avait recours aux tactiques suivantes: tentatives de blocage du financement, efforts visant à couper les approvisionnements en sucre brut, appels à la bombe, menaces de refus de traiter avec les fournisseurs faisant affaire avec la Cartier et sabotage des cargaisons de sucre brut à l'aide de cordes à ballot.

132. R.C. Canadian General Electric Company Limited en coll. Décision non connue, Cour suprême de l'Ontario, Toronto, 2 septembre 1976, Bureau of Competition policy mimeo 253-1, 77 pages.

133. Ibid. p. 13

134. Ibid. p. 14

135. Ibid. p. 14

136. Ibid. p. 14
137. Ibid. p. 16-18
138. Ibid. p. 18. Le rapport de la Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, intitulé Les grosses lampes électriques, (Ottawa, Information Canada, 1971, p.7) indique qu'une telle réduction des prix s'est produite en 1956, 1957 et 1958.
139. Ibid. p. 20
140. Ibid. p. 21
141. Ibid. p. 22
142. Ibid. p. 22
143. Ibid. p. 24
144. Ibid. p. 25
145. Ibid. p. 25
146. Ibid. p. 27
147. Ibid. p. 29
148. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Les grosses lampes électriques, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 69.
149. Ibid. p. 69.
150. R.C. Canadian General Electric Company Limited et al.
Jugement n'ayant pas donné lieu à un rapport, Cour suprême de l'Ontario, Toronto le 2 septembre 1976, Bureau de la politique de la concurrence, photocopie. 253-1, p.31.
151. Ibid. p.34
152. Note ci-dessus 33
153. Ibid. p. 39
154. Ibid. p. 39
155. Ibid. p. 40

156. Ibid. p. 41, souligné par non soins
157. Ibid. p. 41
158. Ibid p. 42
159. Ibid p. 42
160. Ibid p. 43
161. Ibid. p. 44
162. Ibid. p. 45
163. Ibid. p. 46
164. Ibid. p. 47
165. Ibid. p. 48
166. Ibid p. 49
167. Ibid. p. 49
168. Ibid. p. 49
169. Ibid. p. 49
170. (1905) 9 O.L.R. 648; 9 C.C.C. 505
171. (1912) 46 R.C.S. 1.
172. Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. c. La Reine (1957)
R.C.S. 403; 26 R.C. 1, 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R. (2d) 449.
173. R.C. Abitibi Power and Paper Co. Ltd. et al. (1961) 131
C.C.C. 201; 36 C.P.R. 188
174. R.C.J.J. Beamish Construction Company Ltd. et al. (1968)
1 O.R. 5; 65 D.L.R. (2d) 260; 53 C.P.R. 43; 2 C.C.C. 5.
175. R.C. General Electric Canada ... pp. 55-57
176. Ibid. p. 58
177. Ibid. p. 58
178. Ibid. p. 58
179. Ibid. p. 59

180. Ibid. p. 62
181. Ibid p. 62. Tous les accusés ont été acquittés des deux chefs d'accusation de monopole.
182. Note 105 ci-dessus
183. Eldon, p. 151
184. Eldon, p. 150
185. Note 44 ci-dessus
186. Eldon, p. 152
187. British Basic Slang C. Registrar of Restrictive Trading Agreements, (1963) 1 W.L.R. 727, p. 739 et 747.
188. L.A. Skeoch et al. Evolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976
189. David Cayne, "Market Power, Efficiencies, and the Public Interest in Canadian Combines Law," McGill Law Journal, vol. 16, no. 3, 1970, p. 489.
190. Ibid. p. 489
191. Ibid. p. 519
192. Ibid. p. 519
193. Sheldon E. Gordon, "Business split on its liking for Skeoch plan", Financial Post, 1e 2 octobre 1976, p. 4

194. En général, deux observations sont faites ici. D'abord, il importe peu que l'entente ait été nécessaire pour la protection des intérêts commerciaux des parties. Le bien fondé de cette observation a d'abord été établi par Anglin J. dans *Weidman c. Shragge* (1912) 46 S.R.C. 1 aux pages 42-43 où il dit :

"aux termes de (A. 498) la question principale doit certainement être celle-ci: (l'accord) bien qu'il soit avantageux ou même nécessaire pour la protection des intérêts commerciaux des parties, impose-t-il des restrictions injustifiées, démesurées, excessives ou oppressives sur cette concurrence dont chacun a le droit de bénéficier?"

Ces termes ont été cités et adoptés par Mignault J. dans la deuxième cause de la Cour suprême, Stinson-Reeb Builders Supply Co. Ltd. et al. c. le Roi (1929) 52 C.C.C. 66, page 69, et également par Kerwin J. (avec la participation de Rinfret J.) dans Container Materials Ltd. et al. c. le Roi (1942) 78 C.C.C. 129, pages 140-141.

Deuxièmement, les juges canadiens refusent de considérer le caractère raisonnable des prix qu'il font l'objet de l'accord ou d'évaluer le comportement de l'industrie en fonction des conditions économiques auxquelles elle fait face. La déclaration classique a été donnée par Spence J. dans R. c. Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. (1954) 109 C.C.C. 65, pages 95-96.

"Certes la détermination du caractère "fondé" ou non d'un accord visant à réduire la concurrence au moyen d'une enquête sur les profits d'une industrie par rapport aux profits de l'industrie en général, et d'une enquête sur les mouvements de prix dans cette industrie par rapport aux mouvements des prix en général, imposerait à la Cour la tâche essentiellement non judiciaire de faire

le départ entre des théories économiques et des théories politiques contradictoires. La Cour serait en conséquence obligée de supposer - et venant d'une cour, ce ne serait qu'une simple conjecture, car la Cour n'a pas la formation voulue pour agir comme arbitre de l'économie - qu'il aurait été préférable ou non pour le public que la concurrence libre et sans contrainte ait pu poursuivre son cours." Plus tard, M. le juge Spence a déclaré (page 97) "Je ne suis pas libre de juger que la réduction prévue n'était pas mal fondée compte tenu d'une nécessité quelconque de l'industrie, le caractère raisonnable des prix en résultant ou celui du profit obtenu".

V. FUSIONS

L'article 31.71 du bill C-42 prévoit une procédure civile par laquelle les fusions contestées par l'Administrateur de la politique de la concurrence peuvent être soumises à la Commission de la concurrence pour qu'elle les évalue et rende un jugement. Nous applaudissons chaleureusement au transfert des dispositions relatives à la fusion du droit pénal au droit civil. Comme on peut en juger d'après la discussion des causes Canadian Breweries, B.C. Sugar et K.C., Irving dans le document qui suit, la criminalisation de la preuve d'un dommage public particulier, aux termes de l'actuel article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, empêche toute condamnation même dans le cas d'une série de fusions qui donnent lieu à un monopole. Compte tenu de la nature de l'économie canadienne, nous reconnaissons la nécessité d'évaluer chaque fusion en particulier en soupesant l'importance relative des effets de la fusion sur la concurrence (par une concentration accrue) et sur le rendement des économies d'échelle. Toutefois, l'article 31.71 nous pose

un certain nombre d'inquiétudes.

Aucun enregistrement requis

Suite au torrent de critiques reçues au sujet du bill C-256 en 1971, il n'y a aucune exigence d'enregistrement d'une fusion quelconque auprès de l'Administrateur de la politique de la concurrence. De plus, les fusions horizontales qui regroupent moins de 20% d'un marché, sont exemptées des dispositions. En raison de l'absence d'enregistrement, c'est à l'Administrateur seul qu'il incombe de vérifier si une fusion relativement importante du point de vue économique a eu lieu. Les fusions mettant en cause d'importantes sociétés (en termes absolus) seront certainement annoncées dans la presse commerciale ou les quotidiens. Pourtant, le fusionnement de petites sociétés, même si elles peuvent conjointement représenter une part hautement importante du marché d'un produit précis, peut être difficile à détecter. De toute façon, l'Administrateur doit très certainement commercer son analyse des effets possibles d'une fusion après que la fusion a été conclue. Puisqu'il est difficile et peut-être même coûteux de "démêler des oeufs brouillés", nous pensons que la Commission de la concurrence répugnera à procéder ainsi même si elle croit que c'est justifié. Il vaudrait mieux exiger un avertissement préalable dans le cas des fusions éventuellement importantes, ou du moins, permettre à l'Administrateur d'obtenir une injonction provisoire exigeant des deux sociétés qu'elles "gardent distincts" leurs avoirs, opérations etc. comme le stipule aux États-Unis l'article 7 du Clayton Act.

La véritable réalisation d'une fusion par laquelle deux entités indépendantes s'unissent équivaut à "la création de faits" (pour utiliser une récente expression israélienne) qui militeront contre tout recours approprié.

Autorisation préalable

Aucune disposition du bill C-42 ne traite de l'autorisation préalable des fusions: procédure par laquelle les sociétés pourraient obtenir la promesse formelle de l'Administrateur de ne pas contester la fusion proposée, une fois réalisée. Pourtant, l'absence de toute disposition d'enregistrement et d'autorisation préalable reconnues, la nature d'au moins certaines opérations de fusion et l'appréhension du risque propre aux hommes d'affaires s'allieront pour exercer des pressions sur l'Administrateur et le forcer à mettre sur pied un vaste 'programme de complaisance' comme on l'appelle maintenant. En vertu du programme actuel, le Directeur des enquêtes et recherches ne peut pas donner une assurance définitive, mais il peut (et il le fait d'ailleurs) indiquer en se fondant sur les faits qui lui sont exposés, qu'il n'aurait aucune raison d'entreprendre une enquête aux termes de la Loi.

Les auteurs du rapport Skeoch-McDonald s'expriment ainsi:

"En général, nous considérons le programme de complaisance comme un mal nécessaire plutôt que comme un bien, et nous espérons qu'un transfert de compétence des tribunaux, criminels à la Commission (qui utiliserait une procédure civile) rendra ce programme moins nécessaire. Il ne devrait pas être un pilier de la politique de mise en vigueur. (page 336)"

Skeoch et McDonald soutiennent qu'il ne serait pas en général souhaitable

de permettre au directeur de donner des autorisations exécutoires dans le cadre du programme de complaisance. (page 335) Ils ne souhaitent pas que les hommes d'affaires "négocient" leurs projets avec le directeur.

Toutefois, le rapport a effectivement recommandé une procédure d'autorisation préalable pour les projets de fusion et les accords de spécialisation. "L'autorisation d'une fusion protégerait les sociétés en cause de toute poursuite ultérieure intentée devant la Commission pour contester la fusion. Dans le cas d'un accord de rationalisation, l'autorisation permettrait d'en préciser le statut". (p. 334)

Le problème fondamental que pose un programme de conformité est qu'il s'effectue entièrement à huis clos. Un directeur faible peut "approuver" des fusions qui pourraient être interdites ou modifiées. "Bien s'entendre avec les hommes d'affaires" en étant "pratique", dans le contexte d'un programme de conformité, peut aller à l'encontre de l'intérêt public dans l'application d'une politique de concurrence efficace. En plus, celui qu'en est chargé joue un rôle quelque peu judiciaire ce qui est une autre source de problème. Les limites de la loi devraient être dûment explorées devant les tribunaux (ou devant un tribunal civil désigné) et non dans le bureau d'un directeur.

D'autre part, nous comprenons le désir des sociétés commerciales de déterminer assez rapidement si la fusion projetée sera contestée. Nous proposons donc que, dans le cas d'une fusion mettant en cause des sociétés qui se situent au-dessus d'un certain niveau absolu pour ce qui est de leurs avoirs, des ventes ou de la possession d'au moins un certain pourcentage d'un marché économiquement important, ces sociétés soient tenues d'enregis-

trer le projet de fusion auprès de l'Administrateur. En même temps, nous recommandons que celui-ci soit tenu d'indiquer aux parties intéressées par le projet de fusion, dans les 60 jours qui suivent le dépôt d'une "déclaration d'enregistrement", s'il contestera ou non la fusion. Nous proposerions que la "déclaration d'enregistrement" soit semblable à celles qui sont déposées par la sociétés auprès de la Federal Trade Commission des États-Unis.

Lorsque l'Administrateur accorde une autorisation préalable et exécutoire de fusion, nous recommandons que dans le mois qui suit l'annonce publique de la fusion ou de sa réalisation, il soit tenu de rendre publique la "déclaration d'enregistrement" des documents connexes. Nous croyons nous assurer ainsi qu'il s'acquittera consciencieusement de sa tâche.

Qui en retire les bénéfices?

Nous reconnaissons que lorsque des gains notables en efficacité, c'est-à-dire en économies réelles de ressources, résultent d'une fusion, c'est la distribution, et non la répartition, qui entre en jeu pour en faire bénéficier les actionnaires ou les clients. Contrairement au bill C-256 de 1971, le bill C-42 ne contient aucune stipulation comme quoi une part égale de ces gains d'efficacité devraient profiter aux consommateurs. Bien que la Commission de la concurrence puisse (en fait) permettre une fusion pourvu que les sociétés satisfassent à certaines conditions précisées dans l'article 31.71 (6), elle n'est pas tenue de le faire même si la concurrence est sensiblement réduite par une fusion, du moment où celle-ci "a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens".

Par conséquent, avec un pouvoir de marché et une efficacité accrus, non seulement les gains d'efficacité devraient être répercutés sur les actionnaires (ou les directeurs sous forme de salaires élevés), mais les propriétaires de la société pourront aussi vraisemblablement en bénéficier sous forme de prix et de profits plus élevés. On peut difficilement s'attendre à ce que les consommateurs se réjouissent de cette perspective, au profit desquels, nous dit-on d'ailleurs, l'économie devrait être dirigée.

Nous recommandons, lorsqu'une fusion entraînerait une réduction importante de la concurrence et des gains notables en efficacité, que la Commission de la concurrence soit tenue de rendre l'approbation de la fusion conditionnelle à un ou plusieurs des actes indiqués dans l'article 31.71 (6), d'après lequel une telle condition empêcherait la fusion de réduire sensiblement la concurrence ou assurerait qu'une portion importante des gains d'efficacité soit répercutée sur les consommateurs.

Nécessité d'une politique de fusion efficace

Nous sommes d'avis, d'après les données qui suivent, que le Canada a eu une politique anti-fusion totalement inefficace. Le Directeur des enquêtes et recherches en s'efforçant d'empêcher les fusions dans le cadre du programme de conformité ou par les pouvoirs dont l'investit la Loi sur les fusions (voir son rapport annuel 1965/1966, pp. 18-22) exerce en quelque sorte un contrôle préventif: en effet, la Couronne ne peut exercer réellement aucune menace à l'aide des dispositions de la loi. Nul doute que les représentants des entreprises et des associations commerciales diront que pratiquement toutes les fusions devraient être permises et qu'elles n'ont pas rendu l'industrie canadienne moins compétitive. Notre analyse des informations limitées dont nous disposons indique que cette conclusion est

peut-être trop optimiste. L'article qui suit est légèrement adapté de W.T. Stanbury, "Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada: Résumé et critique" (Osgoode Hall Law Journal, vol. 15 n^o. 1, juin 1977, pp. 32-41.)

En se fondant sur la preuve empirique à la fois limitée et datant d'au moins 15 ans, Skeoch et McDonald (ci-après S-McD) affirment:

Il semblerait que le mouvement général de fusion au Canada n'ait eu aucune conséquence importante sur l'économie.¹"

Le fait de ne même pas considérer l'évolution générale de la fusion au cours de la dernière décennie et demie, décrite dans les travaux de Reuber et Roseman, trahit le peu de cas qu'ont fait S - McD de toutes recherches empiriques ou leur désir de ne pas effectuer eux-mêmes de nouvelles recherches. Ils préfèrent discuter de l'expérience suédoise plutôt que de la nôtre.

Ne fut-ce qu'un bref examen des données générales sur la fusion semblerait ébranler les conclusions de S - McD. Pendant chaque période de 5 ans entre 1945 et 1974, le nombre des fusions au Canada (étrangères et nationales) s'est accru sensiblement comme le montre le tableau I.

Tableau I
Fusions étrangères et nationales au Canada,
1 9 4 5 - 1 9 7 5

Période	Etrangères		Nationales		Les deux	
	Total	Moyenne annuelle	Total	Moyenne annuelle	Total	Moyenne annuelle
1954-49	76	15.2	213	42.6	289	57.8
1950-54	113	22.6	285	57.0	398	79.6
1955-59	271	54.2	427	85.4	698	139.6
1960-64	379	75.8	580	116.0	959	191.8
1965-69	571	114.2	998	199.6	1572	314.4
1970-74	610	122.0	1282	256.4	1892	378.4
1975 / prélim.	109	109	155	155	264	264

Sources: Grant L. Reuber et Frank Roseman, Evolution dynamique et responsabilité dans une économie des marchés au Canada, 1945-1961, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 192; Rapport annuel du Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions pour l'année qui s'est terminée le 31 mars 1976, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976, p. 39.

De 1945 à 1949, les fusions se sont produites au rythme de 58 par an. De 1955 à 1959, la moyenne annuelle, qui avait plus que doublé, était passée à 140 et de 1965 à 1969, elle avait plus que doublé encore et s'élevait à 314 par an. Entre 1970 et 1974, la moyenne annuelle est passée à 378. Dans les six années qui se sont écoulées entre 1968 et 1973, le nombre des fusions étrangères et nationales au Canada a été de 417 en moyenne par an.

Certes, les données du tableau I font simplement le compte du nombre total des fusions. Cette augmentation de six fois le nombre des fusions au Canada au cours de l'après-guerre est plus difficile à juger. Toutefois, le Conseil économique dans son rapport provisoire nous en a fourni l'explication. Pour la période de 1945 à 1961, il a estimé qu'entre huit et 17% de toutes les fusions (ce qui représente 34 à 49% de la valeur totale des avoirs acquis) "auraient pu être soumises à un examen dans le but de déterminer si elles étaient conformes à l'intérêt public".³ Si nous présumons que le pourcentage le plus bas prévaut, alors, entre 1970 et 1974, environ 30 fusions par an auraient pu être soumises à un examen. Ce nombre est sensiblement plus élevé que le nombre des fusions qui ont effectivement été examinées par le Directeur de l'enquête et des recherches. D'après les données présentées, il n'est pas possible de réfuter clairement la conclusion de S-McD, mais il semblerait proposer une conclusion beaucoup moins optimiste que la leur.

Après nous avoir demandé de ne pas considérer de façon négative, sur la foi

de connaissances inadéquates, l'évolution pratiquement illimitée des fusions de sociétés au Canada, S-McD ont commis la faute inverse. Ils font penser à Pollyannas. Il n'est pas possible d'évaluer correctement l'incidence économique des fusions en se reportant à des données aussi générales, comme le font S-McD. Ils nous faut savoir en théorie quelles incidences les fusions ont eues sur les nombreux aspects de la structure industrielle et sur les diverses dimensions du rendement économique. Bien que S-McD consultent les données de Reuber et Roseman au niveau de la subdivision industrielle, ils négligent de rapprocher le nombre de fusions par groupes d'"industries" à, par exemple, leur incidence sur le niveau de concentration dans des industries théoriques. Pourquoi, par exemple, S-McD n'ont-ils pas examiné au moins les rapports publiés par la Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce pour voir quelle incidence a eu au Canada l'absence de toute mesure dissuasive prise contre le fusionnement. Il pourrait être utile d'examiner un peu certaines de ces "études de cas".

(i) Oxyde de zinc⁴

Avant 1954, il n'y avait que deux producteurs d'oxyde de zinc au Canada, et un troisième est arrivé en 1954. Le marché, pour ce qui est des ventes nationales, se répartissait comme suit:

	<u>1953</u>	<u>1954</u>	<u>1955</u>	<u>1956</u>
Zinc Oxide Co.	50.6%	53.4%	59.1%	59.8%
Durham Industries	35.5	33.9	23.9	20.4
Canadian Felling	-	1.5	9.1	14.2
Importations	13.9	11.2	7.9	5.6

Aidé par des escomptes discriminatoires de la part de son fournisseur, Zinc Oxide Co. s'est lancé dans une guerre des prix contre ses rivaux de janvier 1955 à février 1956. En juin 1955, cette société a acquis les parts de Durham Industries et a cherché en vain à acquérir celles de Canadian Felling. Finalement, Zinc Oxide Co. représentait 80% des ventes nationales en 1956.

Malheureusement, le directeur s'est plus préoccupé des aspects discriminatoires concernant le prix que de la fusion. La C.P.R.C. s'est contentée de mentionner en passant les répercussions qu'aurait la fusion de trois entreprises avec des droits d'entrée élevés; il n'a formulé aucune recommandation au sujet de la fusion. Aucune mesure n'a été prise.

(ii) La levure⁶

En juin 1975, Standard Brands a acheté Best Yeast Limited, faisant passer ainsi le nombre des producteurs de levure au Canada de trois à deux. Voici comment les producteurs Canadiens se repartissent le marché:⁷

	1955		1956		
	<u>Séchée*</u>	<u>Fraîche*</u>	<u>Total†</u>	Région de <u>l'Est†</u>	<u>Canada</u>
Standard Brands	86.5%	70.5%	76.0%	80.7%	77.0%
Best Yeast	7.5	7.4	8.8	14.9	6.5
Lallemand	6.0	22.1	15.2	4.4	16.5

* Expéditions

† Ventes

Après la fusion, la Standard Brands est devenue le seul fabricant de levure fraîche destinée à la consommation et pratiquement le seul producteur de levure sèche destinée aux boulangers et aux consommateurs de la région de l'Est. En ce qui concerne le marché de la levure des boulangers, la société détenait encore 75% du marché malgré la part grandissante de Lallemand. Les importations sont négligeables bien que les tarifs douaniers soient peu élevés.

Le directeur a adopté une approche structurale lors de son allocution devant la C.P.R.C. et a indiqué qu'il n'y avait aucune économie en matière de production ou de distribution pour compenser la réduction de la concurrence.⁸

La C.P.A.C. n'était pas "convaincue que l'intérêt public ait été suffisamment touché pour justifier la recommandation de mesures permettant de modifier l'intégration des opérations de fabrication. . . ou la dissolution de la fusion".⁹ Cependant, elle a recommandé que la société Standard Brands ne soit pas autorisée à acquérir Lallemand ou tout autre nouveau concurrent nouvellement établi. Le ministère de la Justice n'a donné aucune suite.

(iii) Les journaux de Vancouver¹⁰

Avant la fusion, il n'y avait qu'un seul journal du matin (le Herald) et deux journaux du soir (Province et Sun), qui appartenaient à trois propriétaires indépendants. La Southam a acheté le Herald et l'a fermé. Les journaux Sun et Province ont fusionné pour donner Pacific Press.

Il s'en est suivi que la ville n'avait plus que deux journaux appartenant à la même entreprise (dont la moitié à Sun Publishing et l'autre moitié à Southam). On a promis des économies substantielles et un grand journal du matin.

La politique relative à la publicité des coalitions n'a pas fondé tellement les grandes maisons de publicité nationales mais plutôt les maisons locales (en ce qui concerne la publicité générale). À l'exception de l'augmentation des tarifs, les agences de publicité locales qui pratiquent le détail ont pas vraiment été touchées. La C.P.R.C. a conclu en disant que le tarif combiné désavantageait les agences locales, mais que l'augmentation des tarifs pratiquée par le Sun 'n'avait rien d'exceptionnel".¹¹

Un accord a été conclu pour apparemment établir et maintenir l'indépendance de la rédaction des deux journaux. En ce qui concerne "le journal indépendant et l'intérêt public", la C.P.R.C. a fait remarquer que "lorsque tous les journaux d'une ville appartiennent à un seul propriétaire, le risque d'avoir une seule voie de communication devient alors très manifeste".¹² Mais la commission a déclaré qu'elle "devait accepter le fait accompli ... à savoir que le journal Province, en tant qu'entreprise commerciale, n'avait pas l'espoir de gagner l'argent nécessaire pour permettre à ses propriétaires de poursuivre leurs activités indéfiniment".¹³

Bien que le directeur général de Pacific Press ait prétendu avoir économisé \$500,000, après la fusion, la C.P.R.C. a trouvé qu'un "examen des états financiers mensuels et des états financiers consolidés ne révélait aucune économie substantielle, du fait de la consolidation des activités".¹⁴ Mais les deux journaux ont effectivement réalisé de plus grands bénéfices après la fusion. Aucune mesure n'a été prise.

(iv) Salaisons ¹⁵

Le rapport de la C.P.R.C. fait suite à l'enquête qu'a menée le directeur de l'Enquête et de la Recherche, parce que la plus grande entreprise de salaison, Canada Packers, a acquis en 1955 Calgary Packers (l'une des dix plus grandes entreprises de salaison du Canada) et Wilsil Ltd. (l'une des quatre plus grandes entreprises de salaison du Canada). Avant 1955, Canada Packers ainsi que deux autres maisons de salaison canadiennes, Burns et Swift, représentaient plus de 53% de toute l'industrie du bétail (plus de 60% des bovins et plus de 50% des porcins du Canada). En 1959, ces trois grandes entreprises en représentaient plus de 60%.¹⁶ Entre 1955 et 1957, Canada Packers et ses filiales représentaient entre 28.1% et 29.7% de l'ensemble de la production commerciale des viandes rouges au Canada.¹⁷ Par ailleurs, un exposé très détaillé a été présenté indiquant un haut degré d'intégration verticale de la part de Canada Packers.¹⁸ La société a été la première à consulter les concurrents au sujet de la politique des prix au début des années trente. Elle avait déjà mené des actions coercitives contre les concurrents de toutes les régions, pour faire baisser le prix de la viande ou faire monter le prix du bétail. Depuis sa création en 1927, à la suite de la fusion de quatre sociétés, Canada Packers a, d'après ses états financiers, réalisé plus de bénéfices que la moyenne de toutes les sociétés de salaison au Canada et aux Etats-Unis.¹⁹ On a trouvé que les économies d'échelle de l'usine étaient négligeables, et qu'une usine multiple n'était pas non plus rentable; les usines ordinaires et les services de Canada Packers étaient administrés séparément.²⁰

Voici ce qu'a conclu la C.P.R.T. au sujet de ces deux acquisitions:

(Elles) ont permis de réduire énormément la concurrence qui existait dans le commerce du bétail sur pied sur les marchés où achetaient Calgary Packers et Wilsil Limited, et en raison des rapports qui existent entre les divers marchés, il est à prévoir qu'elles diminuent l'effet concurrentiel de l'achat libre sur les marchés du bétail sur pied au Canada. La commission pense également que ces acquisitions ont également réduit la concurrence en matière de distribution des produits de la viande.²¹

A la suite des décisions qui ont été prises au sujet de la bière et du sucré²² la commission a recommandé qu'une injonction annule les fusions ou, à défaut, qu'elle interdise à Canada Packers de faire d'autres acquisitions susceptibles de faire baisser la concurrence dans l'industrie des salaisons.²³ Après avoir demandé à deux conseillers de l'extérieur de revoir le rapport, le ministère de la Justice a refusé d'entreprendre toute poursuite.

(v) Acquisition de Wilson Boxes par Bathurst Power and Paper²⁴

En 1958, Bathurst and St. Lawrence Corporation (deux entreprises qui ont fusionné) représentaient 60% de toutes les expéditions de contenants dans l'est du Canada et une partie importante dans les Prairies. Ces deux sociétés représentaient également les principales usines de carton à boîtes. En 1954, Bathurst, St. Lawrence, Hinde et Dauch (appartenant toutes à St. Lawrence) ont assuré 77% de toutes les expéditions canadiennes.²⁵

En décembre 1958, Bathurst a pris une participation minoritaire dans Maritime Paper Products, l'une des usines de contenants de la région, l'autre étant Wilson. Il y a 20 ans, Bathurst et Wilson ont conclu un accord selon lequel Bathurst aurait la priorité si la Société Wilson devait être vendue. Dans la région des Maritimes, le marché était réparti ainsi:²⁶

	<u>1959</u>	<u>1960</u>
Maritime Paper Products (dont Bathurst détient		
une part minoritaire)	52.4%	47.6%
Wilson Boxes	45.3	38.6
Hygrade	2.4	13.9

A la lumière des décisions prises dans les deux seuls cas litigieux de fusion, voici ce qu'a conclu la C.P.R.C.: "En ce qui concerne la production des contenants d'expédition, Bathurst, qui a acheté Wilson, n'était pas en mesure de mener à bien ses affaires sans avoir à subir l'influence de la concurrence"²⁷, malgré le fait qu'elle contrôlait, en 1960, 86% de la production.

La Commission a déclaré que l'on ne pouvait pas compter sur la dissolution des fusions pour rétablir la concurrence dans l'industrie des contenants.²⁸ Dans le rapport sur les contenants d'expéditions²⁹, la C.P.R.C. a recommandé que les tarifs soient modifiés pour rétablir la concurrence. La Couronne n'a entamé aucune action ni fait baisser les tarifs.

(vi) Le propane³⁰

Le rapport de la C.P.R.C. portait sur la fusion et le monopole de Rockgas Propane et de sa maison mère Great Northern Gas Utilities ainsi que sur la coalition et la conspiration de Rockgas et Shell qui essaient d'empêcher un nouvel arrivant, la Western Propane, de s'installer en aval du bas Mainland et dans la vallée de la Fraser.

Entre 1953 et 1961, Rockgas a acquis cinq dépositaires de propane en Colombie-Britannique. L'une des sociétés qui a été achetées (Bibby's) était à peu près de la même taille que Rockgas et soutenait très bien la concurrence dans les principaux secteurs du marché. Ces deux sociétés détenaient ensemble en 1956 de 90% à 100% des cinq principaux marchés.³¹ Après l'acquisition de Bibby's, les seuls concurrents étaient Industrial Propane au nord de Burnaby et Duncan Rockgas dans l'île de Vancouver. Duncan Rockgas a été achetée en 1958, ce qui a permis à Rockgas de détenir le monopole dans l'île de Vancouver, car Industrial Propane vendait à des clients spéciaux. Grâce à ces acquisitions, Rockgas avait acquis le monopole de plusieurs marchés.

La C.P.R.C. a décrété que "la Great Northern et Rockgas, parce qu'elles ont acheté des maisons concurrentes, contrôlent une partie ou la totalité du marché du propane..."³² dans cinq marchés à diverses époques se situant entre 1957 et 1961. En 1957, ces marchés régionaux constituaient 67.2% des ventes totales de propane de la Colombie-Britannique. Cependant, la C.P.R.C. n'a fait aucune recommandation quant à l'application des remèdes prévus dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. La Couronne n'a engagé aucune poursuite.

(vii) Le tuyau de descente en fonte.³³

Le rapport de la C.P.R.C. porte sur Anthes Imperial Ltd. le plus grand producteur du Canada (sa part du marché national est passé de 34.7% en 1960 à 39.5% en 1962 puis à 48.5% en 1964) et sur Associated Foundry Ltd. (3.98% en 1960, 9.02% en 1963 et 11.11% en 1964) dont Anthes détient des actions.

Les tarifs douaniers canadiens ont effectivement isolé les fabricants canadiens. De 1960 à 1965, les importations représentaient 2.06 à 2.6% de la production nationale.

À la fin de 1962, l'Associated Foundry Ltd a acheté S.P. & F. Foundry Ltd, détenant ainsi le monopole en Colombie-Britannique. En mai 1963, Anthes a acheté 1/6^e des actions de l'Associated Foundry Ltd et en décembre 1964, jusqu'à 20%, ce qui lui a permis d'obtenir un siège au conseil d'administration.

Étant donné que la part du marché de l'Anthes en provenance de la tête des Lacs dans toute la province de l'Alberta est passé de 72% (1960) à 78% (1963) et à 92% (1964), la C.P.R.C. a conclu que l'Anthes a détenu une partie ou la totalité de l'industrie du tuyau de descente en fonte et de la fabrication des ferrures (de la région) du 1^{er} janvier 1952 au 30 juin 1965.³⁴ En ce qui concerne l'achat d'une part de l'Associated Foundry Ltd par l'Anthes, la C.P.R.C. a déclaré qu'elle "éliminait toute concurrence éventuelle entre les deux sociétés en Colombie-Britannique et le marché des Prairies".³⁵ Elle a conclu en disant qu'il s'agissait "d'une fusion au détriment du public", et a recommandé que l'on demande à l'Anthes de "se défaire de toutes les actions qu'elle possède dans l'Association Foundry Ltd".³⁶

Le 22 février 1971, la Couronne a obtenu une ordonnance d'interdiction empêchant l'Anthes d'acheter des parts à l'Associated Foundry Ltd (l'Anthes, après le rapport de la C.P.R.C., avait vendu toutes ses actions) et l'enjoignant d'autoriser les concurrents à fabriquer ses raccords mécaniques brevetés.³⁷

(viii) Enquêtes abandonnées

De 1960-1961 à 1974-1975, nous avons pu réviser les enquêtes abandonnées par le directeur de l'Enquête et de la Recherche.³⁸ A partir d'un échantillon de 50% de ces enquêtes prises au hasard, nous avons analysé les dossiers en détail. Au tableau 2 figurent les données sur les fusions qui ont eu lieu et qui n'ont pas été contestées par le directeur. En raison du caractère confidentiel des exigences, les sociétés et l'industrie ne peuvent être identifiées. La liste a pour but d'indiquer, du moins de façon générale, les répercussions de ces fusions sur le niveau de concentration du marché en question.

Tableau 2

Répercussions des fusions au Canada

Échantillon de 50% des enquêtes abandonnées, 1960-1975

Fusions	Part du marché de		<u>Changement de</u> <u>concentration</u>
	<u>la société acquéreur</u>	<u>de la société acquise</u>	
A	28%	39%	67/2 à 67/1
B (i)	18	11	83/3 à 94/3
(ii)	25	11	79/3 à 91/3
C (i)	18	10	Aucune donnée
(ii)	23	18	Aucune donnée
D	Nouvel arrivant	p 90 plus	95/3 à 95/1
E (i)	31	9	Aucune donnée
(ii)	21	9	Aucune donnée
(iii)	40	15	Aucune donnée
F	Aucune donnée	aucune donnée	100/8 à 80/1

G	12	9	Aucune donnée
H	44	16	73/3 à 84/3
I	1	p 21	Encore faible
J	48	7	Faible, importation très importantes
K	62	10	100/3 à 100/2
L	12	4	Aucune donnée
M	33	49	96/3 à 96/2
N (i)	35	26	Aucune donnée
(ii)	43	18	Aucune donnée
(iii)	50	11	Aucune donnée

Remarques: p = plus d'une firme acquise en même temps; (i), (ii), etc. = divers marchés régionaux.

Source: Voir renvoi 38

Même s'il ne s'agit ici que de données statistiques sommaires, la part du marché de l'entreprise provenant d'une fusion est, dans bien des cas, importante du point de vue économique, et il importe de mener une enquête approfondie. Cependant, étant donné les décisions défavorables dans le cas de la bière et du sucré,³⁹ le directeur n'a entamé aucune action. D'après les données du tableau 1, l'étude des 7 cas que nous avons mentionnés, ainsi que les données du tableau 2, la déclaration de S-McD selon laquelle les fusions au Canada n'ont entraîné aucune conséquence importante pour l'économie, est, semble-t-il, très contestable.

Nous pouvons ajouter autre chose sur la façon dont ils considèrent les fusions. D'après S-McD, les fusions résultent de la pression des forces exogènes du marché, poussées par des changements fondamentaux survenus dans la technologie l'organisation et l'évolution des goûts. Cependant, la tendance à l'agrandissement (indépendamment de la rentabilité), le rôle des promoteurs de fusions, la hausse des marchés des valeurs, et des considérations purement pécuniaires en matière d'impôt jouent un rôle déterminant dans l'analyse des principaux mouvements de fusions.

Reuber et Roseman déclarent que pour la période de 1945-1961, environ 92% de la variation d'une année à l'autre du nombre des fusions étrangères au Canada pouvaient s'expliquer par le nombre des fusions survenu aux États-Unis, le recyclage interne des fonds ainsi qu'un certain nombre de faillites au Canada.⁴⁰ Seules deux variables, les variations des prix du marché des valeurs canadien ainsi que celles du recyclage interne des fonds au Canada, expliquent 89% de la variation d'une année à l'autre du nombre des fusions nationales.⁴¹

S-McD insistent considérablement sur les avantages économiques que présentent les fusions. Reuber et Roseman indiquent que "les économies étaient négligeables pour ne pas dire nulles dans 56% des acquisitions étrangères et dans 43% des acquisitions nationales".⁴² Parmi les raisons qui ont été données de la fusion, celle "qui consiste à réaliser des économies d'échelle ou à réduire les frais" était la plus importante dans seulement 1.3% des fusions étrangères et 5.0% des fusions canadiennes. De toutes les raisons données (sans compter les multiples raisons), les économies d'échelle ou la réduction des frais représentaient 4.7% des raisons données dans le cas des fusions étrangères et 7.1% dans le cas des fusions nationales.⁴³ Lorsqu'il y a vraiment économie ou réduction des frais, il s'agit bien souvent d'"économies d'administration".⁴⁴ En ce qui concerne les

économies, Reuber et Roseman concluent qu'elles ne jouent pas un grand rôle.⁴⁵

Enfin, il semble que S-McD soient incapables de reconnaître une éventuelle divergence entre le bien-fondé du point de vue social d'au moins certaines coalitions et les avantages particulières dont jouissent seulement les participants. Comme l'a fait remarquer Milton Moore, on supposait généralement qu'une certaine efficacité motive les fusions de sociétés, c'est-à-dire que "le but est d'accroître les profits de la société acquéreur ou de deux sociétés qui fusionnent volontairement afin de réduire les coûts ou de réaliser d'autres économies."⁴⁶ Mais il poursuit en disant que "même si le motif profit existe généralement, il ne s'agit pas nécessairement du profit des actionnaires et on réalisera ou on visera rarement des économies de production... les objectifs sont les suivants: augmentation du marchand, augmentation ou protection de la part du marché, agrandissement et diversification, et parfois plus-value de capital pour ceux qui administrent la fusion ou arrangent le rachat d'une société".⁴⁷

En ce qui concerne le marché des entreprises, M. Moore déclare:

Presque toutes les preuves selon lesquelles les sociétés exercent leurs activités dans l'intérêt du public sont acceptées, mais il faut une preuve irréfutable, pour prouver qu'elles travaillent au détriment du public.⁴⁸

Si les avantages sociaux des fusions sont importants, démontrons-les du moins en termes de réductions pragmatiques. Et chose encore plus importante, partageons-les avec les consommateurs. Le projet de loi du ministère des Finances n'exige pas que les prétendus avantages des fusions bénéficient également au public, comme le prévoyait le bill C-256. Il prévoyait que les fusions ne seraient pas dissoutes si "elles ont donné, donnent ou donneront lieu à une amélioration importante de l'efficacité..." et si "une part importante des avantages qui découlent ou découleront de cette amélioration de l'efficacité se répercuteront, par le biais du marché ou d'une ordonnance du Tribunal, sur le public, en un temps raisonnable et sous forme de prix moins élevés ou de meilleurs produits."⁴⁹

L'estimation que fait le ministre des restrictions artificielles et des économies de coûts réels provenant d'une fusion, reconnaît la nature à deux tranchants de nombreuses fusions effectuées au Canada. Mais si nous devons tolérer des restrictions artificielles, dont bénéficiera le public, nous devons également insister pour que le public bénéficie également des économies de coûts réels.

Section V: Renvois

1. Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald (en consultation avec Michel Bélanger, Reuben M. Bromstein et William O. Twaits), Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1976, p. 56.
2. Grant L. Reuber et Frank Roseman, The Takeover of Canadian Firms, 1946-61, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
3. Conseil économique du Canada, Rapport provisoire sur la politique de la concurrence, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 86.
4. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report Concerning the Introduction, Distribution and Sale of Zinc Oxide, Ottawa, 1958.
5. Ibid., p. 166.
6. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report Concerning the Manufacture, Distribution and Sale of Yeast, Ottawa, 1958.
7. Ibid., pp. 67, 38-40
8. Ibid., pp. 3-4.
9. Ibid., p. 79.
10. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report Concerning the Production and Supply of Newspapers in the City of Vancouver and Elsewhere in the Province of British Columbia, Ottawa, 1960
11. Ibid., p. 160
12. Ibid., p. 171

13. Ibid., p. 175
14. Ibid., p. 156
15. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report Concerning the Meat Packing Industry and the Acquisition of Wilsil Limited and Calgary Packers Limited by Canada Packers Limited, Ottawa, 1961.
16. Ibid., p. 411
17. Ibid., p. 447
18. Ibid., ch. VII à XIV
19. Ibid., pp. 389-407
20. Ibid., Ch. XX
21. Ibid., p. 427

42. Reuber et Roseman, op. cit., p. 96
43. Reuber et Roseman, op. cit., p. 78
44. Reuber et Roseman, op. cit., p. 95
45. Reuber et Roseman, op. cit., p. 97
46. Milton Moore, "Mergers and Price Agreements", dans The Conference Board in Canada, Politique de la concurrence au Canada, Ottawa, 1972, p. 25
47. Ibid., p. 25 et 26
48. Milton Moore, How Much Price Competition? Montréal, Presse McGill-Queen's, 1970, p. 10
49. Bill C-256, Loi sur la concurrence, première lecture le 29 juin 1971, p. 34(3)

L'échec de la politique canadienne actuelle en matière de fusions

L'article qui suit relate le développement de la jurisprudence assez limitée dans le domaine des fusions au Canada. Il y a quelques redondances dans certains des documents cités précédemment. Toutefois, la discussion est plus facile à suivre si nous fournissons le texte complet de notre étude de la politique des fusions.

22. La Reine contre Canadian Breweries Ltd. (1960) O.R. 601; 33 C.A.1; 126 C.C.C. 133.
La Reine contre British Columbia Sugar Refining Company Limited, etc. (1960)
32 W.W.R. (N.S.) 577; 129 C.C.C.7.
23. Renvoi 15, p. 430
24. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report
Concerning the Acquisition by Bathurst Power and Paper Company Limited of
Wilson Boxes, Limited, Ottawa, 1962.
25. Ibid., p. 4
26. Ibid., p. 13
27. Ibid., p. 13
28. Ibid., p. 14
29. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report
Concerning the Manufacture, Distribution and Sale of Paperboard Shipping
Containers and Related Products, Ottawa, 1962, pp. 661-662.
30. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report
in Connection with the Production, Distribution, and Sale of Propane
in British Columbia, Ottawa, 1965.
31. Ibid., p. 17
32. Ibid., p. 69 et 70
33. Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce, Report
Concerning the Production, Manufacture, Supply, and Sale of Cast Iron Soil
Pipe and Fittings in the Prairie Provinces and British Columbia, Ottawa, 1967.

34. Ibid., p. 78

35. Ibid., p. 87

36. Ibid., p. 87

37. Rapport annuel du directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions pour l'année se terminant le 31 mars 1973, Ottawa, Information Canada, p. 47

38. Ceci fait partie d'une étude plus vaste sur l'administration et l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, effectuée par l'auteur et M. Paul K. Gorecki du bureau de la politique de la concurrence.

39. Voir renvoi 22.

40. Reuber et Roseman, op. cit., p. 28

41. Reuber et Roseman, op. cit., p. 29

Publication ultérieure dans le Canadian Business Law Journal (1977)

MONOPOLE MINEUR: LA POLITIQUE CANADIENNE EN MATIÈRE DE FUSIONS ET L'AFFAIRE K.C. IRVING

par

G.B. Reschenthaler

Professeur adjoint

Faculté d'administration des affaires

Université d'Alberta

W.T. Stanbury

Professeur adjoint

Faculté de commerce

Université de la Colombie-Britannique

1. Introduction

La Cour suprême du Canada, dans une décision unanime dans l'affaire la Reine contre K.C. Irving Limited, etc.¹, le 16 novembre 1976, a fourni une interprétation définitive des articles sur les fusions et les monopoles dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.² Il s'agissait là de la première décision de la Cour suprême du Canada dans une affaire de fusion ou de monopole au Canada et elle a justifié certaines des pires craintes des fonctionnaires chargés de l'application de la loi et autres personnes désirant une politique efficace de la concurrence.

Les dispositions très ambiguës sur les fusions et les monopoles dans la loi actuelle s'appliquaient directement à cette affaire. Il est peu douteux que la Cour suprême a rejeté même la version la plus anodine d'une méthode structurale³ des fusions ou monopoles. La Cour a jugé qu'il fallait faire la preuve, au-delà de tout doute raisonnable, du détriment précis avant de décider qu'il y a infraction. Par cette décision, les dispositions interdisant les fusions perdent, en réalité, toute leur vigueur. Comme l'avait prédit M. Borgsdorf en 1973,⁴ toute application de la présente loi doit se fonder sur les dispositions s'appliquant à la monopolisation. En effet, la Cour suprême a décidé

que la création d'un monopole par fusion, même si cela implique la suppression de tous les concurrents, est légale si la Couronne ne peut prouver que la fusion ou le monopole va à l'encontre de l'intérêt du public.

Cette décision est rendue à un moment où le gouvernement vient tout juste de présenter au Parlement des modifications à la loi sur les fusions et la monopolisation.

Le 16 mars 1977, le ministre de la Consommation et des Corporations, M. Anthony C. Abbott, a présenté à la Chambre des communes les modifications de l'étape II à la politique canadienne de la concurrence sous la forme du bill C-42, Loi sur la concurrence, qui donne un nouveau nom et modifie l'actuelle loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Dans ce bill, les fusions ne constituent pas une infraction criminelle mais peuvent faire l'objet d'une étude par un tribunal quasi-judiciaire (la Commission de la concurrence) dans des poursuites civiles. Les monopoles et la monopolisation peuvent faire l'objet de poursuites civiles et criminelles.⁵ De l'avis des auteurs, ces modifications constituent une amélioration considérable par rapport à la loi actuelle, manifestement inefficace. Toutefois, la constitutionnalité de ces propositions a été mise en doute⁶ et la loi actuelle continue donc de prévaloir. La décision dans la cause K.C. Irving rend évident qu'en vertu des dispositions de la loi actuelle sur les fusions et les monopoles, tous deux prévus par une loi criminelle, il n'existe plus de politique fonctionnelle en matière de fusions.

II. Élaboration de la loi canadienne

Un an avant l'adoption de la loi Sherman en 1890, le Canada a adopté sa première loi contre les coalitions sous la forme d'une Loi pour la prévention et la suppression des coalitions qui restreignent le commerce. Cette loi, inscrite plus tard au Code criminel, cherchait à interdire les conspirations qui restreignent le commerce et amoindrisse indûment la concurrence. Ce n'est qu'en 1910, avec la présentation de la première Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

que les mots fusion ou monopole sont apparus dans la loi, lorsqu'une coalition comprenait dans sa définition "ce qui est reconnu comme un trust, un monopole ou une fusion".⁸ La loi a été modifiée en 1923, mais la rédaction est demeurée très semblable.⁹ Ce n'est qu'en 1935 que des modifications prévoyant le concept du détriment ont été présentées. Tout comme les dispositions précédentes, "une fusion, un trust ou un monopole" était défini dans le contexte général d'une "coalition" et déclaré illégal lorsque cette "combinaison, fusion, trust ou monopole exerçait ou était susceptible d'exercer des activités au détriment ou contre les intérêts du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes".¹⁰ L'article de la Loi de 1935 définit une fusion, un trust ou un monopole comme "une ou plusieurs personnes

a) qui a ou qui ont acheté, pris à loyer ou autrement acquis quelque contrôle ou intérêt sur la totalité ou une partie de l'entreprise d'un tiers; ou

b) qui sensiblement ou complètement exerce ou exercent une influence prépondérante, dans une région ou dans un district particulier du Canada ou dans le Canada tout entier, sur la catégorie ou le genre d'entreprise à quoi cette personne s'est livrée ou ces personnes se sont livrées,

et cette définition s'étend et s'applique seulement aux entreprises de fabrication, de production, de transport, d'achat, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce de denrées susceptibles de faire l'objet d'une industrie ou d'un commerce. Toutefois, le présent paragraphe ne doit pas être interprété ou appliqué de façon à restreindre ou affaiblir un droit ou intérêt découlant de la *Loi de 1935 sur les brevets* ou de toute autre loi du Canada;

A l'exception des mentions de la Loi sur les brevets plus générale et de la nouvelle numération de cet article, soit le paragraphe en 1952¹¹ la loi concernant les fusions et les monopoles est demeurée la même jusqu'aux modifications de 1960.

Depuis le 10 août 1960, l'article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions prévoit que"

Quiconque est partie intéressée ou contribue, ou sciemment aide, à une fusion ou un monopole, ou à la formation d'une fusion ou d'un monopole, est coupable d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans.

Les fusions et les monopoles sont définis séparément comme suit:¹²

«fusion» signifie l'acquisition, par une ou plusieurs personnes, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit autrement, de tout contrôle sur la totalité ou quelque partie de l'entreprise d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne, ou d'un intérêt dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise, moyennant quoi la concurrence

- (i) dans un commerce ou une industrie,
- (ii) entre les sources d'approvisionnement d'un commerce ou d'une industrie,
- (iii) entre les débouchés pour les ventes d'un commerce ou d'une industrie, ou

- (iv) autrement que dans les circonstances prévues aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii),

est ou semble devoir être réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes;

«monopole» signifie une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelque-une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes, et ont exploité ou semblent devoir exploiter cette entreprise au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public.

III. Politique en matière de fusions au Canada avant l'affaire R. Contre K.C. Irving

La politique canadienne en matière de fusions a fait l'objet de plusieurs études au cours des dix dernières années¹³ et nous souhaitons maintenant les revoir en détail dans ce mémoire. Toutefois, les analyses de cette politique ont été empêchées par le manque d'études de la Cour suprême du Canada des quelques causes qui sont survenues dans ce domaine.

Avant 1960, seulement deux affaires relevant de la disposition sur les fusions ont donné lieu à un procès. Dans l'affaire R. contre Canadian Import Co. etc.¹⁴ le tribunal de première instance a acquitté les défendeurs de l'accusation de fusion en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et les a condamnés pour plusieurs conspirations en vertu de l'article 498 du Code criminel. Cette décision a été retenue en appel.¹⁵ L'acquittement pour l'accusation de fusion a été accordé parce que le juge de première instance a décidé que les acquisitions

ne constituaient pas "des acquisitions ou des achats d'une entreprise" au sens de la loi. Il n'a jamais soulevé la question du détriment. Dans le second cas, R. contre Staples, etc.,¹⁶ le juge J. Robertson a conclu que "la propriété de la moitié des actions d'une société n'assurait pas le contrôle de cette société et, à son avis, n'assure pas le contrôle des affaires d'une société qui représentent un avoir ou une propriété pour cette société".¹⁷

En 1960, la Couronne a perdu deux procès importants de fusion, R. contre la Canadian Breweries Ltd.¹⁸ et R. contre British Columbia Sugar Refining Company Limited, etc.¹⁹ La Couronne n'a interjeté appel dans aucun des deux cas.

Le cas de la bière

Dans le premier cas, la Canadian Breweries a acheté 23 usines entre 1930 et 1953. Un bon nombre d'entre elles ont fermé leurs portes peu après leur acquisition. La part du marché de cette société en Ontario est passée de 11.2% en 1931 à 60.9% en 1958.²⁰

La décision de M. le juge McRuer se fondait sur deux questions importantes. Premièrement, la Canadian Breweries n'avait pas le monopole réel du marché en question. Deuxièmement, lorsque les prix d'une industrie sont réglementés par un organisme provincial, un tribunal doit présumer que les prix sont établis dans l'intérêt du public, sauf s'il est démontré que la coalition a exercé ou exercera probablement ses activités d'une manière qui empêche l'organisme de réglementation d'exercer efficacement ses pouvoirs.

Cette affaire, comme celle de la B.C. Sugar concernant la question des fusions avant les modifications 1960. Il fallait déterminer si "les fusions, les trusts ou les monopoles avaient exercé leurs activités ou pouvaient les exercer au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes". Les deux causes précédentes de fusion n'ont pu aider M. le juge McRuer. Au lieu de celà, il a dû étudier quelque 40 cas de conspiration en 1889 et 1959. Il est important de se rappeler qu'une "fusion, un trust ou un monopole est défini dans le contexte général d'une "coalition".

Sur la base des quatre causes principales sur lesquelles la Cour suprême du Canada a rendu un jugement, le juge a relevé "tous les principes pertinents de la loi à considérer" en ce qui concerne les cas de conspiration prévus par le Code criminel, pour l'affaire de fusion dont il est question.

Ces principes peuvent s'énoncer de façon précise, quoique non exhaustive, de la façon suivante: (1) la mesure législative a pour but de protéger l'intérêt public dans le libre exercice de la concurrence; (2) tous les accords qui, s'ils entraient en vigueur, empêcheraient ou diminueraient la concurrence indûment seraient illégaux; (3) pour déterminer si les limites imposées à la concurrence sont indues, la Cour ne tient pas compte des avantages dont bénéficient ceux qui sont parties à l'accord; elle n'est pas non plus appelée à juger de ce que le bien-être économique du public peut être de temps à autre... Si l'accord en question, lorsqu'il entre en vigueur, donne aux parties le droit d'exploiter leur entreprise pratiquement sans concurrence, il serait de nature à réduire indûment la concurrence.²¹

En ce qui concerne l'interprétation du mot indûment dans l'article sur la conspiration, M. McRuer, juge en chef de la Cour supérieure, a repris la déclaration du juge Cartwright (juge Locke est du même avis) lors de la dernière décision de la Cour suprême rendue dans le cas d'Howard Smith²².

Voici ce qu'a déclaré le juge Cartwright:

"À mon avis, d'après les décisions citées en référence, tout accord ayant pour but d'empêcher ou de réduire la concurrence dans les activités commerciales du genre décrit dans l'article devient illégal, si les parties à l'accord sont libres de mener à bien leurs activités pratiquement sans être touchées par la concurrence, alors que le Parlement considère la concurrence comme la protection indispensable de l'intérêt public; ce qui est illégal, c'est que les membres de la coalition s'arrogent le pouvoir de poursuivre leurs activités sans concurrence; la question de savoir si le pouvoir ainsi obtenu est en fait mal utilisé est considéré comme inutile ...(souligné par nos soins)

En d'autres termes, une fois établi le fait qu'un accord empêche ou réduit la concurrence jusqu'au point mentionné, il est à présumer que l'intérêt public est lésé, et les parties à l'accord peuvent être condamnées..²³"

Après cette citation, le juge McRuer en a donné une brève explication dans le cas des Brasseries canadiennes: Voici comment je comprend la déclaration du juge Cartwright: si l'accord en question, lorsqu'il entre en vigueur, autorise les parties à l'accord à mener à exploiter leur entreprise pratiquement sans concurrence, on considère que l'accord réduit indûment la concurrence..²⁴

Le juge McRuer poursuit en disant "qu'aux fins de cette action, les termes (ont opéré ou sont susceptibles d'opérer au détriment de l'intérêt public) ont à peu près la même signification que le mot "indûment" utilisé dans l'article 411"²⁵ (l'article sur la conspiration du Code criminel). Après avoir étudié les acquisitions des brasseries canadiennes de l'Ontario, le juge McRuer a conclu que "l'acquisition d'usines n'avait pas pour effet de donner à l'accusé le monopole du marché",²⁶ Il a insisté sur le fait que Molson et Labatt sont encore des "concurrents acharnés" en Ontario et au Québec..²⁷ L'ironie du sort est que le juge McRuer adopte aujourd'hui le test sur le monopole alors qu'il l'avait rejeté cinq ans auparavant dans une affaire de conspiration, en disant: "... Je ne pense pas qu'il soit essentiel pour la Couronne de montrer un monopole

ou un quasi monopole".²⁸

Le second point de droit établi dans le cadre des Brasseries canadiennes a porté sur l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions dans le cas d'une "industrie réglementée". En affirmant qu'"en dernière analyse, le but de la loi est de protéger l'intérêt public contre la hausse des prix qui découle des coalitions définies dans la loi"²⁴ le juge McRuer a décrété ce qui suit:

Lorsqu'une loi provinciale a conféré à une commission ou à un office le pouvoir de réglementer une industrie et de fixer des prix, et que ce pouvoir a été exercé, la Cour doit supposer qu'il l'a été dans l'intérêt public. Dans ces conditions, pour gagner un procès intenté aux termes de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions au sujet de l'exploitation d'une coalition, je pense qu'il faut démontrer que cette dernière a opéré, ou est susceptible d'opérer, de manière à empêcher l'organisme provincial d'exercer effectivement les pouvoirs qu'il a reçus pour défendre l'intérêt public. S'il est prouvé qu'en raison d'une fusion, l'accusé détient le monopole du marché, l'accusation sera, à mon avis, levée.³⁰

Dans un jugement rendu précédemment, le juge McRuer avait réitéré la règle bien établie selon laquelle il incombe à la Cour non pas d'étudier le niveau de prix fixés à la suite d'une coalition mais plutôt de déterminer si la concurrence est réduite indûment. Il a ensuite réfuté l'idée voulant que la fusion se fasse au détriment du public en entraînant la montée des prix: "lorsque les prix sont fixés par la Régie des alcools de l'Ontario, le barème des prix relève entièrement de sa compétence."³⁵ M. Jones a sévèrement critiqué l'idée selon laquelle la Régie des alcools de l'Ontario contrôlait en fait le barème des prix.³² Au contraire, son témoignage laisse entendre que les principales brasseries se sont entendues sur les augmentations de prix et que la Régie se contentait de les valider.

Le juge McRuer fait alors remarquer que l'organisme investi du pouvoir de réglementation ne se préoccupait pas d'un certain nombre de facteurs de la concurrence (qualité, services de dégustation et emballage) et qu'en ce qui concerne ces "secteurs limités, la concurrence entre l'accusé et les autres dans

l'industrie, est illimitée"³³ Le juge McRuer a acquitté la société, car selon lui les brasseries n'avaient ni "le pouvoir de mener leurs activités sans concurrence, ou sans grande concurrence"³⁴ ni "le pouvoir de contrôler le marché de sorte que l'autorité provinciale chargée de fixer les prix ne peut pas protéger l'intérêt public"³⁵

L'affaire B.C. Sugar

Le test au sujet du monopole à l'état latent s'appliquait également dans le second cas jugé en 1960, l'affaire B.C. Sugar, en acquérant, en 1956, le contrôle de la Sugar Company Limited du Manitoba, la Sugar Refining Co. Limited de la Colombie-Britannique a obtenu le monopole de la production de sucre raffiné en Colombie-Britannique, en Alberta et dans la Saskatchewan, et environ 3/4 du marché manitobain. Dans la décision concernant la B.C. Sugar, le juge Williams, s'est penché non seulement sur la question de la suppression éventuelle de la concurrence mais également sur celle du préjudice public. Bien qu'il ait du mal à distinguer un cas de fusion aux termes de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, des cas de complot aux termes des articles 498 ou 411 du Code criminel, et le cas de la B.C. Sugar de celui des Brasseries canadiennes (par exemple, au sujet des détails de l'accusation et de la question de la réglementation provinciale), le juge Williams a effectivement réitéré l'exigence concernant le monopole à l'état latent dans le cas de la B.C. Sugar. Il a conclu que la concurrence n'a pas été entièrement supprimée, puisqu'elle existait à l'état latent: trois producteurs canadiens de sucre de l'Est auraient pu envahir le marché canadien de l'Ouest. À cet égard, voici ce qu'a déclaré le juge: "À mon avis, rien n'empêche les autres, y compris les raffineries de l'Est, ou certaines d'entre elles, d'implanter également des raffineries de sucre au Manitoba. Il semble qu'il n'y ait aucune raison économique qui les empêche, sauf, peut-être les répercussions d'une surproduction"³⁵. C'est précisément la question! En effet la Manitoba Sugar avait déjà une production fortement excédentaire. Le juge lui-même a fait remarquer que sa raffinerie de Winnipeg avait un potentiel de 80 millions de livres par an et que la société a atteint, en 1956, le taux le plus élevé de production avec 62 millions de livres.³⁸

En ce qui concerne la question du détriment causé, il a décrété que la couronne doit non seulement "établir que les profits ou les prix sont excessifs ou exorbitants" (pour montrer que c'est au détriment de l'intérêt public), mais également "établir que la concurrence est pratiquement étouffée".³⁹ Voici ce qu'il a déclaré plus loin: "Je me suis basé sur le fait qu'il n'existe aucun accord entre l'accusé et une raffinerie de l'Est pour réduire ou supprimer la concurrence..."⁴⁰

Le juge Williams a fait un certain nombre d'autres remarques au sujet de l'interprétation du détriment causé à l'intérêt public. Il a repris les termes de L'ors Parker dans Atty-Gen pour l'Australie c. Adelaide S.S. Co. (point de vue approuvé par M. Sidney Smith, J.A., dans le cas de R. c. Morrey et les autres), selon lesquels dans l'expression "au détriment de l'intérêt public", on englobe également les intérêts des producteurs et des distributeurs.⁴¹ Par producteurs, il entend les betteraviers ainsi que les raffineries.⁴²

Dans une autre affaire de fusion, le juge Williams, le mot "indûment" dans les cas de conspiration de l'expression au détriment de l'intérêt public n'a pas rapproché dans l'affaire des Brasseries canadiennes comme l'avait fait le juge McRuer. Il est allé encore plus loin en décidant que:

"il ne s'agit pas de toutes les coalitions qui entrent dans le cadre des opérations de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions mais uniquement de celles qui ont opéré indûment ou qui sont susceptibles de le faire au détriment de l'intérêt public..."⁴³ (insistance)
Ce point de vue se retrouve dans le jugement...⁴⁴ Avec ces mots il a effectivement composé les deux tests. Il faut démontrer qu'une fusion est effectuée indûment au détriment de l'intérêt public!

Le juge Williams a repris la déclaration du juge McRuer: "il faut démontrer que le mal (c'est-à-dire le détriment causé à l'intérêt public)..., qui constitue le délit..., vient de la fusion et non des actes collatéraux qui au-

raient pu faire l'objet d'une autre accusation..."⁴⁵ Il a donc refusé d'étudier les accords entre la B.C. Sugar et les raffineries de l'Est en ce qui concerne la répartition du marché entre la Saskatchewan et la tête des lacs.⁴⁶ Il en a été de même des allégations selon lesquelles le détriment est dû au fait que toutes les raffineries utilisent un système de fixation des prix basé sur des points.⁴⁷

En ce qui concerne les répercussions éventuelles de la fusion, c'est-à-dire l'expression "est susceptible d'opérer au détriment de l'intérêt public...", le juge Williams fait remarquer ce qui suit:

Le système de fixation des prix ainsi que toute la méthode des opérations de l'accusé existaient bien avant que des plaintes ne soient déposées au sujet de la fusion et, par conséquent, ne peuvent en aucun cas être attribuées à la fusion.⁴⁸

Il a affirmé que l'expression "susceptible d'opérer..." "se réfère toujours à un acte précis ou une omission, c'est-à-dire à quelque chose qui a été accompli ou omis à un moment donné. Ici l'expression doit se référer à la fusion qui fait l'objet des critiques".⁴⁹

Il semble que le juge voulait dire ceci: si de nombreuses pratiques contre la libre concurrence sont utilisés et qu'elles n'ont pas été interdites par la Couronne, on ne peut pas s'en servir comme preuve pour démontrer le préjudice public à la suite d'une fusion, car elles ne viennent pas directement de la création de la fusion.

Il a réaffirmé ce point de vue lorsqu'il a fait remarquer que la B.C. Sugar avait pendant longtemps détenu le monopole en Colombie-Britannique et en Alberta, cependant, "il semble qu'il n'y a jamais eu aucune objection à cette situation bien que la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ait été adoptée en 1923. On peut supposer, à juste titre, qu'on ne considérerait pas l'entreprise existante comme opérant, ou susceptible d'opérer, au détriment du public, etc."⁵⁰ Pour reprendre l'expression d'Alexander Pope, "tout ce qui existe est juste." Par ailleurs, si la loi n'a pas été appliquée pendant une période donnée, il ne sera

plus possible d'entamer des poursuites judiciaires. Etrange jugement pour un délit pour lequel n'existe aucune prescription.

Le juge Williams a acquitté la B.C. Sugar, car la Couronne n'a pas pu prouver au-delà de tout doute raisonnable que "la fusion en question a supprimé ou même limité la concurrence, même dans le secteur dont il était question."⁵¹ Même si la Couronne a demandé l'autorisation d'en appeler, elle a retiré sa demande en partie parce que le juge Williams avait à l'appui de nombreux faits prouvant le contraire.^{51a}

La politique de fusion dans les années 60 et au début des années 70^{51b}

Après les décisions rendues dans les causes B.C. Sugar et Brasseries canadiennes, le Directeur des enquêtes et des recherches se trouvait dans une situation embarrassante. Devait-il exercer des pressions sur le ministère de la Justice pour interjeter appel dans l'un des cas ou les deux et prendre le risque de voir la Cour d'appel (peut-être même la Cour suprême) ratifier la décision insatisfaisante du tribunal de première instance? Ou bien devait-il attendre d'avoir un cas approprié pour essayer d'obtenir une accusation accompagnée d'un jugement ne se basant pas sur le principe du monopole à l'état latent ni sur des exigences très sévères consistant à démontrer le préjudice public? Le cas s'est présenté lors de la publication du Rapport sur les salaisons⁵².

La Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce a fait suite à une enquête qu'a menée le directeur de l'Enquête et de la Recherche, la plus grande entreprise de salaison car Canada Packers, a acquis en 1955 Calgary Packers (l'une des dix plus grandes entreprises de salaisons du Canada) et Wilsil Ltd. (l'une des quatre plus grandes entreprises de salaisons du Canada). Avant 1955, Canada Packers ainsi que deux autres entreprises de salaisons canadiennes, à savoir Burns et Swift, représentaient plus de 53% de toute l'industrie canadienne du bétail (plus de 60% des bovins et plus de 50% des porcins). En 1959, ces trois grandes entreprises en représentaient plus de 60%.⁵³ Entre

1955 et 1957, Canada Packers et ses filiales représentaient entre 28.1% et 29.7% de l'ensemble de la production commerciale des viandes rouges au Canada.⁵⁴ Par ailleurs, un exposé très détaillé a été présenté indiquant un haut degré d'intégration verticale de la part de Canada Packers.⁵⁵ La société a été la première à consulter les concurrents au sujet de la politique de prix au début des années trente. Elle avait déjà mené des actions coercitives contre les concurrents de toutes les régions, pour faire baisser le prix de la viande ou faire monter le prix du bétail. Depuis sa création en 1927, à la suite de la fusion de quatre sociétés, Canada Packers a, d'après ses états financiers, réalisé plus de bénéfices que la moyenne de toutes les sociétés de salaisons au Canada et aux Etats-Unis.⁵⁶ On a trouvé que les économies d'échelle de l'usine étaient négligeables, et qu'une usine multiple n'était pas non plus rentable; les usines ordinaires et les services de Canada Packers étaient administrés séparément.⁵⁷

Voici ce qu'a conclu la CPRT au sujet de ces deux acquisitions: (Elles) ont permis de réduire énormément la concurrence qui existait dans le commerce du bétail sur pied sur les marchés où achetaient Calgary Packers et en raison des rapports qui existent entre les divers marchés, il est à prévoir qu'elles diminuent l'effet concurrentiel de l'achat libre sur les marchés du bétail sur pied au Canada. La commission pense également que ces acquisitions ont également réduit concurrence en matière de distribution des viande.⁵⁸

La commission a recommandé, à la lumière des jugements rendus au sujet de la Canadian Breweries et de la B.C. Sugar qu'une ordonnance d'un tribunal décrétant la dissolution des fusions soit émise ou à défaut de l'obtenir, qu'une ordonnance soit rendue, empêchant Canada Packers de faire de nouvelles acquisitions susceptibles de nuire à la saine concurrence des salaisons.⁵⁹ Après avoir fait examiner le rapport par deux experts-conseils indépendants, le

ministère de la Justice a décidé de ne pas entreprendre de poursuites. Peut-être plus que toute autre enquête sur les fusions menée avant celle de la K.C. Irving. La décision de ne pas entreprendre de poursuites après la parution du rapport sur les salaisons montre l'inefficacité des dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions se rapportant aux fusions.

Plutôt que d'intenter des poursuites (décision relevant en grande partie du ministère de la Justice) l'administrateur a décidé d'avoir recours au Programme de soumission pour prévenir la formation de fusions préjudiciables. A cette fin, il a fait publier "La position de l'administrateur face à la loi des fusions" dans son rapport annuel de 1965-1966 dans lequel on cite 12 facteurs dont doit tenir compte la division des coalitions au moment de décider si une fusion aura comme conséquence de réduire la concurrence, au détriment de l'intérêt du public. Pour ce qui est du test sur les monopoles, l'administrateur l'a rejeté pour deux raisons; d'abord, il doute fortement qu'on puisse invoquer les propos du juge Cartwright pour exiger qu'on démontre clairement l'existence d'une situation de monopole avant de prononcer une condamnation. Il a continué en faisant remarquer que le juge Batshaw dans l'affaire Abitibi, reprenant en partie les propos du juge Kellock, dans l'affaire Howard Smith,⁶² a déclaré que "nous ne pouvons accepter comme loi que seules, sont illégales les coalitions qui éliminent pratiquement toute concurrence."⁶³ Deuxièmement, l'administrateur prétend qu'il semble y avoir contradiction entre les jugements rendus dans les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar et celui de M. le juge Laidlaw de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Electrical Contractors.⁶⁴

Avant l'affaire ERCO⁶⁵ plusieurs années plus tard, suivie cinq ans après, l'affaire K.C. Irving⁶⁶ le ministère de la Justice (de qui dépend la décision finale d'entreprendre des poursuites) ne comptait que sur les pressions de l'administrateur sur les "fusionneurs" exercées, plutôt que de demander aux tribunaux de se prononcer sur l'interprétation des lois. Cela a été fait au moment où les fusions entre les entreprises étrangères et nationales ont augmentées rapidement au Canada. Le calcul

des fusions effectuées par l'administrateur, résumé au Tableau 1, montre que la moyenne des fusions, par année, de 1964 à 1969, était de 191.8; ces chiffres sont passés à 314.4 au cours des cinq années suivantes et à 378.4 pendant la période s'étendant de 1970 à 1974.

Tableau 1

Fusion entre entreprises étrangères et nationales au Canada, 1945-1975

Période	Entreprises étrangères		Entreprises nationales		Ensemble	
	Total	Moy. annuelle	Total	Moy. annuelle	Total	Moyenne annuelle
1945-1949	76	15.2	213	42.6	289	57.8
1950-1954	113	22.6	285	57.0	398	79.6
1955-1959	271	54.2	427	85.4	698	139.6
1960-1964	379	75.8	580	116.0	959	191.8
1965-1969	571	114.2	998	199.6	1572	314.4
1970-1974	610	122.0	1282	256.4	1892	378.4
1975 à ce jour	109	109	155	155	264	264

Sources: Grant L. Reuber et Frank Roseman, The Takeover of Canadian Firms, 1945-61, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 p. 192;
Rapport annuel du directeur des enquêtes et des recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions pour l'année se terminant le 31 mars 1976, Ottawa, Approvisionnement et service Canada, 1976, p. 39.

De toute évidence, les données figurant au tableau 1 ne représentent que la somme des fusions. Il est difficile de calculer l'importance du nombre six fois plus élevé de fusions réalisées au Canada au cours de l'après-guerre. Cependant, le rapport provisoire du Conseil économique du Canada sur la politique de concurrence nous fournit un bon indice. De 1945 à 1961, on estime qu'entre 8 et 17 p. 100 de toutes fusions (totalisant de 34 à 49 p. 100 des actifs acquis) "auraient dû être soumises au test de l'intérêt public".⁶⁷ Si nous prenons le plus bas pourcentage, quelque trente fusions auraient alors dû faire annuellement l'objet d'enquêtes entre 1970 et 1974. Ce nombre est beaucoup plus élevé que le nombre d'enquêtes effectivement menées par le directeur des recherches et des enquêtes.

Entre 1960 et 1967, le CPRC a publié sept rapports⁶⁸ se rapportant aux situations de fusion. Des poursuites n'ont été entamées que dans un seul

cas (ERCO); dans d'autres cas (Cast Iron Soil Pipe), la Couronne a finalement obtenu une ordonnance empêchant une entreprise très importante d'acheter des actions d'un de ses plus petits concurrents et l'obligeant à accorder à ses concurrents l'autorisation de fabriquer un de ses produits brevetés⁶⁹.

Comme nous l'avons mentionné auparavant, les modifications apportées en 1960 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions permettaient de faire une distinction entre les cas de fusion et ceux de monopole. Avant les modifications de 1960, les mêmes tests s'appliquaient aux fusions, aux monopoles et aux coalitions. L'ancien test permettait de savoir si "les coalitions ... se faisaient vraisemblablement contre l'intérêt public". On a conservé ces modifications et le test pour traiter des cas de monopole; mais on a reformulé le test des fusions, de façon que celles-ci ne soient interdites que si "la concurrence est ou risque d'être diminuée, au détriment du public" (trait ajouté).

A la révision de ces changements en 1971, Skeoch en est arrivé à la conclusion qu'"il semble raisonnable de supposer qu'on visait à restreindre les possibilités de créer des fusions"⁷⁰. Cependant, il reconnaît que les tribunaux pourraient interpréter la nouvelle loi de la même façon que l'ancienne, les modifications concernant les fusions ne changeant pratiquement pas la situation.

Bien que Skeoch admette que la jurisprudence actuelle concernant les fusions laisse fort à désirer, il estime tout de même avoir raison de conclure, d'après les modifications de 1960, que:

... (1) une fusion qui élimine pratiquement toute concurrence est illégale à moins (2) qu'elle ne puisse être justifiée en raison des avantages qu'en retireraient certaines parties de la population ou du fait qu'elle soit du ressort de l'Etat.⁷¹

Cependant, la loi révisée n'est pas aussi précise qu'on l'avait souhaité. Elle ne fait pas ressortir les avantages de la concurrence en soi, elle interdit simplement les fusions qui pourraient réduire la concurrence et qui auraient ou risqueraient d'avoir des effets néfastes sur le public. Les réviseurs de la loi n'avaient pas pour objectif de faire en sorte que celle-ci puisse être interprétée de deux façons. On voulait préciser qu'on calculerait le tort fait au public par rapport seulement à la diminution de la concurrence. En d'autres termes, on voulait clairement établir qu'on ne devait pas tenir compte du niveau des prix et des profits, etc.

Skeoch et les agents de surveillance étaient tout à fait dans l'erreur en supposant que le tort provenait de l'élimination presque totale des concurrents. En fait, l'argument de la Couronne dans l'affaire K.C. Irving était en grande partie basé sur la validité de cette supposition.

L'idée voulant que la suppression quasi totale de la concurrence soit néfaste remonte en partie aux cas antérieurs de coalition au Canada et provient de certaines déclarations faites lors du procès des Canadian Breweries reproduites plus haut.

Cette mauvaise interprétation a été probablement renforcée par la seule cause du genre que la Couronne a gagnée. Cependant, l'affaire ERCO,⁷²

dont le professeur McFetridge⁷³ a fait une longue analyse, n'est pas très utile puisque l'accusé a plaidé coupable à l'accusation de fusion et aux accusations de monopole. La société exerçait un monopole presque total sur l'industrie canadienne des phosphates et elle appliquait une politique de prix de vente discriminatoire qui avait des conséquences négatives. Quant à savoir s'il est nécessaire de prouver qu'il existait de fait une situation de monopole pour obtenir une condamnation aux termes de l'article sur les coalitions, M. McFetridge a fait remarquer ceci :

"L'affaire ERCO n'a pas permis de dissoudre la confusion qui entoure les lois sur les fusions au Canada. On ne sait toujours pas si on peut prononcer une condamnation, même lorsque des sociétés en cause ne présentent pas toutes les caractéristiques des fusions comme cela a été le cas pour les brasseries et les raffineries.⁷⁴

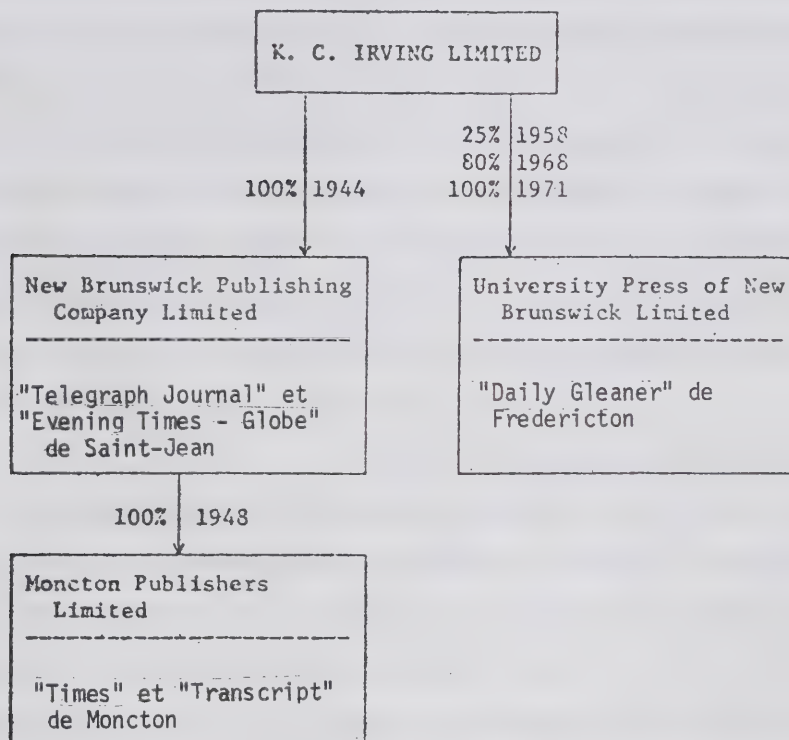
On n'a pas porté la cause en appel, et comme ERCO avait passé le test, il aurait été trop facile pour le gouvernement de conclure que celui-ci constituait un aspect essentiel de la cause.^{74a} Bien que la Couronne ait atteint l'objectif visé en invoquant l'argument qu'une fois établie, l'existence d'un monopole, on peut en déduire que celui-ci est préjudiciable au public, devant les tribunaux,⁷⁵ la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et la Cour suprême du Canada ont toutes deux rejeté ce raisonnement.

IV. L'affaire K.C. Irving

Notre examen nous amène à parler de cette cause. Les questions restées sans réponses et les positions conflictuelles sont maintenant clairement définies; la question de l'efficacité des dispositions restrictives des lois canadiennes concernant les fusions sont de nouveau à l'étude devant

le Parlement. Il n'existe plus de doutes maintenant quant à la position des tribunaux; on a grandement résolu le problème de l'ambiguïté de l'interprétation des articles se rapportant aux fusions et aux monopoles.

L'affaire en question découle de l'achat par K.C. Irving Limitée et ses sociétés affiliées des cinq quotidiens anglophones du Nouveau-Brunswick, entre 1944 et 1971. On trouvera ci-dessous la liste des acquisitions et l'année où elles ont été faites.⁷⁸



Il y a eu deux mises en accusation. Le premier chef d'accusation se rapportait au monopole qu'auraient constitué les trois sociétés d'Irving entre le 10 août 1960 et le 30 novembre 1971. Aux termes du deuxième chef d'accusation, on reprochait aux trois sociétés d'avoir formé ou d'avoir exploité un cartel, sous forme d'"un trust ou d'un monopole" pendant la période comprise entre le 8 septembre 1948 et le 9 août 1960, en acquérant le New Brunswick Publishing, le Moncton Publishers, le Gleancer Limited et le New Brunswick Press Limited. Enfin, on accusait les mêmes sociétés, d'avoir formé ou exploité pendant la même période un "trust ou une fusion" sous forme de monopole. Aux termes de la seconde mise en accusation, on reprochait à la K.C. Irving Limited d'avoir procédé à une fusion pendant la période allant du 10 août 1960 au 30 novembre 1971, à la suite de l'acquisition de la University Press. En résumé, les sociétés de la Irving ont fait l'objet de deux chefs d'accusation de fusion et de deux autres de monopole. Dans les deux cas, les délits se rapportaient tant à la loi antérieure que postérieure aux modifications de 1960.

Décision du tribunal de première instance

Le 24 janvier 1974, le juge Robichaud de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick a reconnu les sociétés Irving coupables de tous les chefs d'accusation portés contre elles, à l'exception de la University Press qui elle n'a été reconnue coupable que des chefs deux et trois de la première liste de mise en accusation. Il nous est impossible d'exposer tous les éléments dignes d'intérêt du procès. Nous nous limiterons donc aux questions de contrôle (des journaux individuels et du marché) et à l'évaluation du préjudice porté à l'encontre de l'intérêt du public.

La question du contrôle

Comme l'acquisition de divers journaux ne posait aucun problème, le juge Robichaud s'est attaqué à la question de contrôle. Il a déclaré que le contrôle ne peut être ni temporaire ni incertain, qu'il est plutôt ferme et continu, qu'il s'exerce sur les affaires d'une société, et ne peut être acquis que par celui qui détient une majorité nette des actions de la société en cause.⁷⁹

Les éléments de preuve semblaient montrer hors de tout doute que M. K.C. Irving n'avait pas tenté d'user de son influence auprès des éditeurs et des éditorialistes de ses journaux et qu'ils jouissaient d'une totale indépendance dans la rédaction des éditoriaux.⁸⁰ Le juge a conclu néanmoins que, de par le droit de propriété, le droit d'exercer un contrôle sur lesdits journaux devenait automatiquement l'attribut et la prérogative de la société qui en avait fait l'acquisition;⁸¹ que le contrôle, c'est-à-dire la gestion au niveau supérieur était effectivement exercé par M. Ralph Costello, qui était en somme le bras droit de M. Irving.⁸²

En ce qui a trait au contrôle du marché qui nous intéresse, celui des quotidiens de langue anglaise au Nouveau-Brunswick⁸³, le juge Robichaud a conclu qu'en 1968, par suite du contrôle exercé sur le Daily Gleaner, il n'existait plus de concurrence entre les quotidiens de langue anglaise au Nouveau-Brunswick. La libre concurrence était dès lors complètement anéantie,⁸⁴ le seul autre quotidien étant un journal de langue française publié à Moncton.

La question du préjudice subi par le public

Alors qu'il reconnaissait que le préjudice subi doit être établi hors de tout doute,⁸⁵ le juge Robichaud déclarait qu'à son avis, une fois qu'un monopole complet a été mis en place, comme les éléments de preuve le montrent ici clairement, et en ce qui concerne les chefs d'accusation portés pour la période postérieure à 1960, il y avait effectivement eu, en droit, préjudice à l'encontre de l'intérêt du public.⁸⁶ En ce qui concerne la période antérieure de 1960, à l'époque où la société K.C. Irving détenait en toute propriété quatre quotidiens anglophones du Nouveau-Brunswick et 25% des actions d'un cinquième quotidien de cette province, le juge Robichaud a parlé d'un "monopole vertical" et déclaré qu'il rompait la prétendue "ligne" en vue d'effectuer la percée définitive⁸⁷. Il poursuivait en disant qu'il a été établi que dans des cas où une personne détient un monopole complet ou presque complet, il n'est pas nécessaire de tenir compte des avantages économiques.⁸⁸ Ce raisonnement pourrait être décrit comme l'application du principe selon lequel tout excès condamné est illégal. Après avoir étudié d'innombrables cas de pratiques horizontales dans la fixation des prix, le juge Robichaud a déclaré que puisque toute entente conçue de façon à empêcher ou à réduire la concurrence, à ralentir le commerce ou ayant tendance à supprimer la concurrence doit être considérée comme allant à l'encontre de l'intérêt public et est en conséquence illégale, bien qu'il se peut qu'elle ne semble pas avoir effectivement porté préjudice à l'intérêt du public.⁸⁹ Il a conclu que la libre concurrence avait été indument réduite et que cet obstacle imposé à la libre concurrence ... d'une manière extrêmement importante ou démesurée, allait à l'encontre de l'intérêt du public, selon le sens que cette expression revêt du point de vue juridique ...⁹⁰

Les diverses sociétés Irving ont été condamnées à verser une amende totale de \$150,000 et une ordonnance a été émise les enjoignant de se départir des deux quotidiens de Moncton.⁹¹

Le jugement de la cour d'appel

Le 4 juin 1975, le juge Limerick (les juges Bugold et Ryan ayant ratifié sa conclusion) a rejeté la condamnation et les peines infligées par le tribunal de première instance en admettant l'appel des sociétés Irving.

En admettant ces appels, le juge Limerick a étayé sa décision en expliquant que le préjudice est une question de fait et non de droit, comme l'avait soutenu le juge de première instance. Il déclarait que si l'on estime que l'exploitation s'effectue au détriment de l'intérêt du public, du fait de l'acquisition d'un certain nombre d'entreprises par un particulier, ce qu'il n'admet pas, ce raisonnement peut être réfuté. La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est un texte législatif restrictif qui limite les droits que reconnaît le droit coutumier et elle doit être strictement interprétée. Rien dans cette loi ne lui apparaît donner lieu à une telle présomption ni à un cas prima facie.⁹³

Que signifie au détriment de l'intérêt du public?

Le juge Limerick a révélé qu'il aurait accusé les sociétés d'avoir participé à un monopole fonctionnant à l'encontre des intérêts du public si la New-Brunswick Publishing avait cessé de publier le Times de Moncton dans la région de North Shore ou était convenu avec d'autres parties intéressées

d'augmenter déraisonnablement le prix de tous leurs journaux.⁹⁴ Sur la question du préjudice, le juge Limerick a indiqué que la Société Irving n'a jamais violé l'indépendance des journaux et que les éditeurs en poste le sont restés après l'acquisition⁹⁵. Il est à souligner selon le juge que les cinq journaux ne se livrent pas concurrence, sauf dans la région de North Shore, c'est-à-dire la périphérie de Moncton, où des journaux du matin sont en concurrence,⁹⁶ le Times de Moncton et le Telegraph Journal de Saint-Jean. Dans les autres régions, chaque journal a son propre marché, et il en était ainsi avant l'acquisition des droits de propriété. La position concurrentielle des trois journaux de l'après-midi, le Gleaner, le Times-Globe et le Transcript, demeure inchangée⁹⁷. Il a aussi souligné que seulement trois à quatre milles exemplaires du Telegraph-Journal sont vendus dans la région de Saint-Jean. Il conclut qu'il n'a pas été démontré qu'il y a eu réduction de la concurrence et qu'il n'a été présenté ni au tribunal d'appel ni au tribunal de première instance aucun élément de preuve qui puisse indiquer qu'il y a effectivement eu réduction de la concurrence.⁹⁸

Il déclarait plus tard que les éléments de preuve ne font état d'aucun préjudice subi par le public, en ce qui a trait aux journaux, en tant qu'objets de commerce, ou même aux éditoriaux, si ces derniers sont susceptibles d'être considérés comme des facteurs pouvant jouer au détriment de l'intérêt du public. Ces journaux ont été parmi les derniers du pays à augmenter leur prix de huit à dix cents. Leurs tarifs de publicité, par la ligne et demi-ligne, ne sont pas supérieurs aux tarifs moyens en vigueur au Canada.⁹⁹

Le contrôle était-il exercé par M. Irving ou la K.C. Irving Limited.

Le juge Limerick a conclu que bien que M. K.C. Irving ait eu, du point de vue juridique, le droit d'exercer un contrôle, il n'en demeure pas moins que ni lui ni la société ne s'en est prévalu et que ce pouvoir était effectivement confié aux éditeurs et aux éditorialistes des maisons d'éditions individuelles ...¹⁰⁰ Il conclut en poursuivant que l'expression "semblent devoir exploiter", à l'article 2) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions fait allusion à une probabilité et non à une possibilité, que le juge de première instance a donc commis une erreur en interprétant cette probabilité comme une possibilité que la Société Irving exerce un contrôle.¹⁰¹ Un monopole, d'accord, mais qui n'a pas été exploité à l'encontre des intérêts du public.

Le juge Limerick a affirmé que les questions que le juge de première instance devait trancher étaient les suivantes:¹⁰²

- 1) Un contrôle réel a-t-il été établi quand la New-Brunswick Publishing a acheté les deux journaux de Moncton en 1958, ou quand en 1968, la société Irving a acheté le Gleaner?
- 2) Dans les faits, un préjudice a-t-il été causé, ou semble-t-il devoir l'être?

Il a souligné que dans les poursuites qu'elle a intentées au sujet d'un préjudice porté à l'encontre de l'intérêt du public, la Couronne alléguant l'existence d'une réduction de la concurrence à la suite du regroupement des droits de propriété, mais qu'elles ont été intentées sur une base générale ou hypothétique sans qu'il soit apporté d'éléments de preuve montrant qu'il y avait véritablement eu réduction de la concurrence.¹⁰³ En vérité, le juge

de première instance a déclaré qu'après l'acquisition du Gleaner, aucun préjudice n'avait été subi en ce qui a trait aux tarifs de distribution, au contenu et aux tarifs publicitaires ni à l'amélioration de la qualité et de la quantité des nouvelles publiées.¹⁰⁴

Le juge Limerick a conclu qu'il serait difficile voire impossible pour un nouveau journal de lancer une entreprise rentable dans la province, cinq journaux y étant déjà établis, et qu'il importe peu que ces cinq publications appartiennent à un seul ou à plusieurs propriétaires.¹⁰⁵ Selon lui, la question n'était pas de déterminer si la venue d'un nouveau journal était rendue impossible du fait de l'achat du Gleaner par la société Irving, mais bien d'établir si l'exploitation fonctionnait à l'encontre des intérêts du public. Dans la mesure où le Daily Gleaner était exploité d'une façon indépendante et sans que l'on ressente l'influence de la société-mère et dans la mesure où aucune preuve de préjudice n'a été fournie au cours des témoignages, l'achat du Gleaner n'a donné lieu à aucun motif de poursuite aux termes de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.¹⁰⁶ Il soulignait plus loin que la société Irving a participé au financement de travaux de construction de maisons d'édition modernes et à la réduction des coûts de production.¹⁰⁷

Le juge Limerick a conclu qu'il ne pourrait en aucune façon être reconnu que la University Press a participé à la constitution d'un monopole,¹⁰⁸ et que la New Brunswick Publishing et la Moncton Publishing n'étaient en aucune façon impliquées dans la constitution d'un monopole entre les années 1960 et 1971.¹⁰⁹ Par conséquent, il a rejeté l'accusation portant sur la constitution d'un monopole. Il a ensuite déclaré qu'il n'existe aucune

preuve que la Moncton Publishing et la University Press, en tant que sociétés individuelles, aient participé à l'exploitation d'un monopole ...¹¹⁰

En étudiant la question du préjudice qui aurait pu être causé au moment de l'acquisition, qui date de quelque temps, le juge Limerick a déclaré qu'en l'absence de preuve contraire, nous ne pouvons que présumer de ce qui semble devoir se produire à l'avenir en nous fondant sur l'étude de dossier des réalisations des sociétés concernées au cours des vingt-cinq dernières années.

Dans le cas de ces deux accusations, le juge Limerick a conclu qu'il n'existe aucune preuve qu'un préjudice a été porté ou semble devoir être porté à l'encontre des intérêts du public ... que rien ne permet même d'entretenir un doute raisonnable à ce sujet, et qu'il n'existe pas non plus de preuve montrant qu'il y a en réduction de la concurrence ou qu'il semble devoir y en avoir une.¹¹² Il reprend le raisonnement du juge en chef de la cour du banc de la Reine dans l'affaire B.C. Sugar, où le juge de première instance avait conclu qu'étant donné que l'infraction distincte que constitue la réduction de la concurrence n'était pas mentionnée dans le chef d'accusation, la Couronne devait s'en tenir au chef d'accusation porté au motif d'un préjudice porté à l'encontre de l'intérêt du public plutôt qu'à celui qui avait trait à la réduction de la concurrence, et qu'il revenait donc à la Couronne de prouver que la fusion exploitait ou semblait devoir exploiter l'entreprise d'une manière indue et au détriment de l'intérêt du public.¹¹³

Le jugement de la Cour suprême

L'appel interjeté auprès de la Cour suprême du Canada portait sur

trois questions de droit:

- 1) La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a-t-elle commis une erreur en concluant que l'expression "au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs de producteurs ou d'autres personnes ..." a le même sens que dans la définition de "fusion" et "monopole" dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970 chapitre C-23 et dans celle de coalition dans les lois précédentes?
- 2) La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a-t-elle commis une erreur en concluant que a) aucune présomption d'un préjudice réel ou probable à l'encontre de l'intérêt du public n'a été soulevée quand la concurrence a été supprimée ou réduite indûment et b) même si une telle présomption existait, existe-t-il des preuves pour la réfuter?
- 3) La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a-t-elle commis une erreur en évaluant la signification de "concurrence", compte tenu des faits de la présente affaire?¹¹⁴

Il y a eu entre les tribunaux de première instance et d'appel une entente aux termes de laquelle le produit en cause a été clairement défini comme étant les journaux et le marché concerné, le Nouveau-Brunswick. Les aires de distribution des deux journaux du soir publiés à Saint-Jean et à Moncton se recoupaient très légèrement et il y avait aussi un léger recoupement dans celles de deux autres journaux à Fredericton.

Les faits reconnus par le tribunal de première instance, après modification par la cour d'appel et adoption par la cour suprême sont les suivants:¹¹⁵

- (1) Après la fusion, il n'est intervenu aucun changement dans les marchés desservis par les journaux;
- (2) Après la fusion, il n'y a eu aucune tentative visant à supprimer la concurrence dans les zones de distribution où il y avait recoupement;
- (3) Il n'a été fourni aucune preuve montrant que le contrôle des éditoriaux des cinq journaux n'était pas laissé aux mains des éditeurs et des éditorialistes concernés;
- (4) Les allégations voulant que les intimés aient tenté de contraindre le seul quotidien de langue française à abandonner les affaires n'étaient pas étayées de preuves suffisantes;
- (5) A la suite de l'acquisition, aucun préjudice n'a été noté en matière de tarifs de distribution, de tarifs et de contenu publicitaires; il en a été de même pour la qualité et la quantité des nouvelles diffusées.

Voici d'autres faits exposés par le tribunal de première instance et que la Cour suprême a jugé bon de reprendre:¹¹⁶

- (1) La distribution des numéros des cinq quotidiens a augmenté;
- (2) Les deux journaux du matin ont continué à être publiés malgré leur situation déficitaire;
- (3) On a continué à publier le mensuel Atlantic Advocate et maintenu l'exploitation de la maison d'édition située à Fredericton, en dépit du fait que ces deux entreprises se trouvaient dans une

- situation déficitaire depuis de nombreuses années;
- (4) On a assisté à une amélioration très nette de l'état des installations des maisons d'édition et toutes ont atteint la stabilité financière;
- (5) L'économie et l'industrie de la province ont bénéficié de la situation puisque tous les profits réalisés ont été réinvestis dans des entreprises du Nouveau-Brunswick.

La Couronne a soutenu que le tribunal d'appel avait commis une erreur en concluant que les filiales d'une société-mère peuvent se livrer concurrence et, avait, par conséquent, commis une autre erreur en soutenant que la concurrence qui existait au préalable n'avait pas été réduite du fait de l'acquisition de journaux qui étaient auparavant en concurrence et détenus par des propriétaires distincts.¹¹⁷ Le gouvernement a affirmé en outre que le contrôle intégral d'une catégorie d'entreprises dans un marché peut se faire "au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public" du fait de la suppression ou de la réduction de la concurrence et que s'il y a eu suppression ou réduction induite de la concurrence, il existe effectivement une présomption de préjudice, mais elle peut être réfutée.¹¹⁸ En ce qui a trait à la déclaration du juge de première instance selon laquelle une fois qu'un monopole complet est établi, il en résulte, en droit, un préjudice, la Couronne a soutenu que:

Le juge de première instance n'a pas adopté le raisonnement selon lequel l'acquisition ou l'exercice d'un contrôle réduit nécessairement la concurrence et est par conséquent illégal. Il a plutôt supposé que ces acquisitions et ce contrôle avaient effectivement supprimé ou réduit indûment la

concurrence et que, pour cette raison, l'exploitation s'effectuait à l'encontre de l'intérêt du public et que les acquisitions et le contrôle constituaient par conséquent une fusion, un monopole et une coalition, or, ces pratiques sont jugées illégales aux termes de la Loi actuelle et des lois précédentes.¹¹⁹

La Couronne tentait d'établir que selon le raisonnement du juge Robichaud les fusions étaient assimilées à un monopole, que le monopole avait pour effet de réduire indûment la concurrence et que cette réduction s'effectuait au détriment de l'intérêt du public. La Couronne tentait d'éviter que l'on interprète les faits de façon que les fusions soient considérées comme des monopoles et que l'on conclue qu'un préjudice aurait été porté à l'encontre de l'intérêt du public du fait de l'existence même d'un tel monopole.

La Cour suprême, par la voix du juge en chef, a souligné l'importance des propos suivants du juge de première instance:

A mon avis, une fois qu'un monopole complet a été établi, comme le montrent les éléments de preuve, du moins en ce qui concerne les chefs d'accusation portés pour la période postérieure à 1960, un préjudice a été, en droit, causé.¹²⁰

Puis, il rejeta l'interprétation de la Couronne en disant:

Le juge ne pouvait, bien sûr, en parlant de "monopole" dans ce passage que songer à l'acquisition ou au contrôle de tous les quotidiens de langue anglaise. Comme la notion de "monopole" suppose que l'exploitation, ou l'exploitation probable, d'un groupe d'entreprises sous le contrôle important ou complet d'un même acquéreur s'exerce au détriment de la collectivité, et puisque ce même élément de préjudice est présent dans la signification précise des notions de "fusion, cartel, ou monopole" au sens des lois en vigueur, avant le 10 août 1960, peut-on dire qu'un tel détriment est inhérent à la simple acquisition du contrôle?¹²¹

La Cour poursuivait en affirmant que la question centrale était la preuve de préjudice:

Dans la présente définition de "fusion", la notion de contrôle ne désigne pas le contrôle important ou absolu, comme c'est le cas dans la définition d'un monopole, mais toute acquisition du contrôle d'un groupe d'entreprises, ou des intérêts reliés à une partie ou à l'ensemble du fonctionnement desdites entreprises, de façon à affaiblir au détriment des intérêts de la collectivité. La concurrence ne constitue pas une question distincte par rapport à

la notion de monopole, car, lorsqu'il y a preuve de contrôle important ou absolu dans un secteur donné d'un marché particulier, la concurrence est considérée comme étant matériellement affaiblie ou supprimée, et ce qu'il reste à prouver pour établir qu'il y a eu violation de la loi, du fait d'avoir pris part ou d'avoir contribué délibérément à la formation d'un monopole, c'est que l'entreprise a été, ou sera probablement, exploitée au détriment de la collectivité; et j'insiste sur le terme "exploitée".²²

Dans ce cas, la question de savoir si l'exercice du contrôle était vraiment monopolistique était secondaire. La question centrale soulevée en relation avec la légalité de la fusion ou du monopole était: "Est-ce que ceux qui détenaient un tel contrôle ont exploité, ou exploiteront probablement (le secteur contrôlé) au détriment de la collectivité." L'importance fondamentale que revêt pour la Couronne la question d'établir qu'il y a véritablement détriment apparaît clairement lorsque, au paragraphe suivant, le juge en chef déclare "qu'il ne fait aucun doute que, dans cette affaire, les propriétaires de la Irving exercent sur les journaux de langue anglaise du Nouveau-Brunswick un contrôle qui correspond aux prémisses de la définition de "fusion" et de "monopole", et, partiellement, à la définition de "fusion, cartel ou monopole"¹²³.

La Cour a expressément rejeté l'argument de la Couronne, basé sur

la décision du juge McRuer, dans l'affaire Canadian Breweries, selon laquelle les mots "ont exploité, ou exploiteront probablement, au détriment de la collectivité" ont essentiellement la même signification que le mot "illégalement" dans les affaires de complot.¹²⁴ Il a fait remarquer que le juge Kellock, parlant également au nom des juges Rand et Fauteux, dans l'affaire Howard Smith, avait déclaré: "S'il y a une différence entre les deux délits décrits dans les deux statuts (c'est-à-dire les cas de complot, en vertu du Code criminel et les cas de fusion et monopole, en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions), c'est que le Parlement l'a voulu ainsi. Toutefois, on constatera que (l'article sur les complots dans le Code criminel) a trait au préjudice causé à la collectivité, mais seulement du genre prévu dans l'article lui-même".¹²⁵

La Cour suprême a indiqué que la Couronne avait apparemment fait erreur en se basant sur le paragraphe souvent cité dans l'affaire Eddy Match¹²⁶, la seule cause importante impliquant un monopole, que le gouvernement ait jamais gagnée, et où le juge A. Casey formulait la remarque suivante:

Le cas qui nous occupe comporte le genre d'activité auquel il est fait mention dans l'alinéa 2(4)b) - le contrôle d'un domaine d'affaire; un contrôle qui, comme l'ont démontré les témoignages, rendait, à toutes fins utiles, la concurrence impossible. Une telle situation nous amène à présumer que la population est privée de tous les avantages de la libre concurrence et que cette privation qui constitue une négation des droits du public, cause nécessairement préjudice à la collectivité.¹²⁷

Toutefois, les paragraphes litigieux sont ceux à propos desquels la Cour d'appel a unanimement déclaré

Toutefois, cette présomption peut être réfutée et il ne semble pas irrationnel d'affirmer que, dans des circonstances exceptionnelles, un certain "contrôle" puisse être plus avantageux pour la collectivité que la libre concurrence. Mais, lorsque les faits démontrent clairement qu'il y a eu suppression systématique de la concurrence, la présomption de préjudice devient irréfutable. Dans de telles circonstances, il appartient sûrement à ceux contre qui la présomption joue de démontrer qu'il y a absence de préjudice. Les appelants n'ont présenté aucune défense, et rien dans le dossier ne leur donne raison.¹²⁸

Dans le cas qui nous occupe, la Cour suprême a fait remarquer, à un certain nombre de reprises, qu'on n'avait pas réussi à prouver que la création ou l'exploitation des fusions ou monopoles avait causé un préjudice. Elle a rejeté l'argument de la Couronne voulant que la "présomption" de préjudice découlant de la preuve qu'il y a eu contrôle absolu soit comparable à l'affaiblissement illégal de la concurrence dont il est question dans les affaires de complot, et elle refuse d'admettre que dès qu'il y a preuve d'un tel affaiblissement, il y ait preuve de préjudice causé à la collectivité. La Cour a déclaré:

En utilisant le mot "présomption", la Couronne ne l'a pas fait en croyant qu'il supposait une conclusion qu'il n'était pas nécessaire de tirer des témoignages, mais plutôt en songeant à une conclusion qui doit être tirée à partir du fait présumé - dans le cas qui nous occupe, il s'agit du préjudice nécessaire - à partir d'un fait important prouvé - en l'occurrence, l'acquisition du contrôle complet d'un secteur donné d'un marché donné.¹²⁹

Le juge en chef a refusé de prendre une décision en l'absence de lois pertinentes.

Je ne crois pas que, en l'absence de lois, il appartienne à la Cour, dans une affaire criminelle, d'invoquer une présomption comme celle avancée par la Couronne dans cette affaire.¹³⁰

Il poursuivait en disant:

Même si l'acquisition du contrôle complet suffisait pour en déduire qu'il y a eu affaiblissement, ou probabilité d'affaiblissement, de la concurrence, on ne peut se permettre une telle déduction dans le cas qui nous occupe, étant donné les témoignages et les conclusions qu'en a tirés le juge et la Cour d'appel, voulant que la concurrence qui existait auparavant, là où c'était le cas, est demeurée, ou s'est, dans une certaine mesure, intensifiée après l'acquisition des journaux.¹³¹

Le juge en chef a également souligné que, alors que la Couronne avait fait comparaître des témoins experts, "qui ont signalé que l'indépendance des journaux était menacée" (ce qui est susceptible de causer préjudice à la collectivité) lorsque la propriété d'un certain nombre de journaux était centralisée ...", ces témoins "n'avaient parlé que théoriquement, sans s'être penchés, en aucune façon, sur la situation qui régnait au Nouveau-Brunswick, et n'avaient pas tenu compte des faits en cause dans le cas de l'exploitation des journaux visés dans la présente affaire".¹³²

L'appel de la Couronne a été rejeté, et la décision de la Cour d'appel a été maintenue.

Interprétation de la décision dans l'affaire Irving

La décision de la Cour suprême représente une victoire pour les puissants du milieu des affaires dans le contexte d'un droit criminel très strictement interprété, mais presque totalement inapproprié pour la tâche à accomplir, c'est-à-dire l'évaluation du comportement économique. En exigeant que les exemples précis de préjudice causé à la collectivité soient établis au-delà de tout doute raisonnable (tout comme dans le cas de tous les délits criminels), la Cour a refusé d'élever quelque peu le niveau de ses préoccupations (elle s'en est tenu aux prix, aux taux exigés pour la publicité, et aux efforts de modernisation de l'équipement) dans une affaire où le préjudice prend la forme d'une menace pesant sur ce qui constitue le fondement même de la démocratie, c'est-à-dire une presse libre et indépendante. Dans son exposé des faits, la Couronne a fait valoir justement que la Cour d'appel "a confondu la prétendue "concurrence" entre les divers journaux appartenant à un même propriétaire avec l'authentique concurrence qui existe entre les journaux indépendants".¹³³ Comme l'a démontré la Couronne, "la notion même de concurrence suppose que les propriétaires sont indépendants les uns des autres".¹³⁴ Dans le cas des journaux, "la plus importante manifestation de la concurrence..."c'est" ... la libre expression d'opinions dans les comptes rendus d'information et les éditoriaux..."¹³⁵ Le fait que M. Irving n'ait pas directement orienté le "contenu éditorial" ou le choix des nouvelles et le contenu propagandiste de ces journaux, ou qu'il ait modernisé ses ateliers et continué d'exiger des taux "raisonnables" pour la publicité et les abonnements, ne constitue pas une preuve que la collectivité n'a subi aucun préjudice. En plus de posséder les cinq quotidiens de langue anglaise du Nouveau-Brunswick, M. Irving était propriétaire d'une station de radio et de deux stations de télévision.¹³⁶

Une étude effectuée pour le Comité sénatorial spécial sur les moyens de communication de masse nous apprenait que "En tout, huit des 20 moyens de communication dénombrés dans les localités où l'enquête a été menée étaient contrôlés par M. Irving".¹³⁷ Cela ne donne pas une juste idée de la situation, car les journaux et les postes de radio et de télévision appartenant à M. Irving sont concentrés dans les grands centres.

Quoi qu'il en soit, ses propriétés dans le secteur de l'information ne représentent qu'une faible partie de l'empire industriel de la famille K.C. Irving. "Mis à part le domaine de l'information, le groupe K.C. Irving est probablement le consortium contrôlant les intérêts des plus diversifiés au Canada".¹³⁸ Toutefois, presque tout ce contrôle est exercé sur des sociétés privées dont il est difficile d'obtenir des renseignements. L'"empire" Irving comprend une société pétrolière intégrée, plusieurs usines de pâtes et papier, des mines et des fonderies, des entreprises de bois de construction et de contreplaqué, des entreprises de distribution d'équipement lourd, des sociétés de construction, des chantiers maritimes, des entreprises de transport par autobus, une société de chemin de fer, des navires-citernes et autres navires, et beaucoup d'autres entreprises.¹³⁹

Comme l'ont fait remarquer les auteurs de l'étude effectuée pour le Comité sénatorial:

A tous points de vue, les intérêts de la famille Irving sont très importants. Toutefois, ils comptent pour particulièrement gigantesque dans une province qui tire de l'arrière par rapport à beaucoup d'autres parties quant au développement industriel. Ces intérêts représentent un facteur important quant aux revenus et aux emplois qu'ils créent au Nouveau-Brunswick.¹⁴⁰

Alors que le pouvoir judiciaire canadien a fréquemment exprimé l'opinion que les lois anti-coalitions visent à protéger l'intérêt de la collectivité en matière de libre concurrence, il a toujours refusé de tenir compte de la portée sociale et économique d'un contrôle du marché. Au contraire, le pouvoir judiciaire semble heureux de se limiter aux dispositions du droit criminel contenues dans le Code criminel et dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Le cas qui nous occupe ne fait pas exception. Bien qu'on puisse mettre en doute l'interprétation du mot "légalement" donnée par le juge Cartwright, dans l'affaire Howard Smith, ce juge a au moins tenté de fournir aux tribunaux de première instance certaines lignes directrices quant à l'interprétation du libellé ambiguë de la loi. Dans l'affaire K. C. Irving, le juge en chef et la Cour toute entière ont négligé d'explorer les diverses significations des mots "au détriment de l'intérêt de la collectivité..."

Cela est particulièrement vrai dans une affaire où le préjudice découle de la concentration, aux mains d'une seule famille, d'un immense pouvoir dans les secteurs de l'industrie et des médias d'information. Si l'on endossait la logique de la Cour suprême, une même entreprise pourrait acquérir tous les quotidiens du Canada, et, à supposer que les journaux en question ne soient pas en concurrence directe les uns avec les autres, l'entreprise qui les possède tous ne pourrait pas être condamnée pour un délit de fusion ou d'exercice d'un monopole, au sens de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, pourvu que les éditeurs soient "indépendants" du propriétaire et que les journaux en question rapportent bien les nouvelles locales et nationales. En d'autres

termes, les monopoles "peu nocifs" ne sont pas illégaux. On peut se demander dans quelles circonstances la Cour suprême sera amenée à réagir. Quand dira-t-elle: "C'est assez!"? À quelles conditions la possession d'une immense puissance économique et politique entrave-t-elle l'intérêt collectif? Pour la Cour suprême du Canada, la propriété des cinq quotidiens de langue anglaise du Nouveau-Brunswick, alliée à d'immenses propriétés industrielles, ne suffisent pas pour affirmer que la collectivité subit un préjudice.

V. Répercussions de la politique

Plusieurs répercussions importantes de la politique découlent de la décision K. C. Irving. Le retrait effectif de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions des dispositions concernant la fusion constitue la première et la plus importante de ces répercussions. La distinction établie entre les infractions se rapportant à la fusion et au monopole dans les révisions de 1960 n'a semble-t-il pas impressionné le tribunal; car, en vertu de ce règlement ils ont simplement été interprétés comme étant une seule infraction. Car pour qu'une fusion soit illégale en vertu de la loi, le pouvoir de monopolisation sur le plan du contrôle réel d'un marché doit avoir été créé et exercé d'une façon jugée nettement préjudiciable à l'intérêt public dans un sens plutôt strict. Ainsi, comme l'avait prédit Borgsdorf, il n'existe aucune politique de fusion, il s'agit uniquement d'une politique de monopolisation marquée par une seule poursuite réussie.¹⁴¹

Le tribunal a jugé bon de rejeter même le modèle structural le plus modeste de comportement commercial. Il a énoncé une théorie de monopole bénin. Cette position est compatible avec les opinions exprimées

publiquement, par le gouvernement qui était au pouvoir au moment de l'introduction de la loi originale et des diverses modifications. La nature de ces attitudes et leur origine a été retracée entre autres par Stanbury.¹⁴²

Les gouvernements canadiens, à cause de la tradition et en raison de certaines considérations particulières d'ordre économique, géographique et politique n'ont jamais représenté la tradition populiste, laquelle dans une large mesure, explique l'orientation assez structuraliste de la loi américaine relative à la concurrence. En effet, alors que le Sherman Act américain est une loi anti-trust, la mesure législative canadienne est une loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Il n'y a rien dans l'histoire de la loi qui laisse supposer que le Parlement se soit inquiété des concentrations du pouvoir économique; on s'est surtout inquiété des questions d'abus de pouvoir.¹⁴³ On tient rarement compte des difficultés pratiques qui accompagnent le contrôle réel du pouvoir économique et de l'usage que l'on en fait.

Néanmoins, avec la décision Irving, le Tribunal a interprété très étroitement la loi actuelle. Le tribunal a adopté un point de vue entièrement rétrospectif de la loi alors que celle-ci précise qu'une fusion peut être illégale si "la concurrence... est ou est susceptible d'être atténuée au détriment... du public". (la ligne pleine est de l'auteur)

Le Parlement semblerait avoir ordonné aux tribunaux de procéder à une étude de prospective et de rétrospective des fusions douteuses afin de déterminer si ces dernières sont susceptibles d'avoir des effets néfastes. Limerick J. A. a insisté sur le fait que l'adjectif "susceptible" exige plus qu'une possibilité; il exige une probabilité.¹⁴⁴ Toutefois,

puisque chaque fusion sera perçue en tant qu'élément unique par les tribunaux, il y a peu de fondement pour rattacher des prévisions précises de probabilité. Lorsqu'une fusion se produit et qu'il n'y a dans ce cas aucune défense économique traditionnelle en ce qui concerne les économies d'échelle ou les autres avantages économiques qui déroulent d'une fusion, alors la mesure législative oblige le tribunal à entreprendre au moins une analyse logique des effets économiques possibles.¹⁴⁵

Ici, malheureusement, l'insertion d'une mesure législative en matière de politique de concurrence dans une loi criminelle place les tribunaux devant une situation embarrassante. Les règles de la preuve dans les cas criminels, comme le faisait remarquer le juge McRuer dans Canadian Breweries, exigent des normes strictes de preuve:

... le fardeau de la preuve incombe à la Couronne du début à la fin de la cause visant à prouver que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable. Ce fardeau n'est jamais déplacé et s'étend à tout autre élément qui doit être établi pour appuyer l'accusation. De plus, le règlement en ce qui concerne la preuve par présomption comporte une certaine application: lorsque la culpabilité de l'accusé dépend d'une preuve par présomption, les circonstances, hors de tout doute raisonnable, doivent être compatibles avec la culpabilité de l'accusé et doivent, hors de tout doute raisonnable, être incompatibles avec toute autre conclusion rationnelle. Il existe un autre principe du droit criminel qui doit être appliqué: au moment de l'interprétation d'une

loi pénale, deux interprétations raisonnables s'offrent:
la première est plus favorable à l'accusé que l'autre et
l'interprétation la plus favorable à l'accusé doit être
adoptée.¹⁴⁶

Ainsi, les tribunaux ne sont pas très à l'aise lorsqu'il s'agit
de soupeser les probabilités de la manière indispensable si l'adjectif
"susceptible" doit signifier quelque chose dans une loi anti-fusion.
Malheureusement, l'application efficace exige justement cette évaluation.

Il y a aussi un élément de naïveté économique qui nous inquiète
dans ce cas. Le fait de croire, comme l'ont fait les cours d'appel et
la Cour suprême, que les éditeurs et les rédacteurs de cinq journaux,
appartenant à l'une des sociétés les plus importantes du Canada et à
l'entreprise industrielle la plus importante dans la province du
Nouveau-Brunswick, seront complètement autonomes, c'est pousser les
choses à l'extrême. Les rédacteurs et les éditeurs seront conscients
des répercussions de leurs politiques en matière d'éditorial, de
production et de commercialisation sur la société mère et vice versa.
Sera-t-on obligé de leur ordonner officiellement de ne pas enquêter de
façon assidue sur les politiques de main-d'oeuvre, d'environnement et
autres des sociétés Irving? Le tribunal a jugé qu'il n'y avait aucune
preuve de l'existence de directives restreignant l'autonomie et, en
leur absence, il consentait à supposer que l'indépendance des rédacteurs
était la même sous Irving qu'elle le serait s'il y avait cinq propriétaires
distincts.

Croire que la société mère commune tolérera les interminables politiques de concurrence des filiales qui ne servent pas l'intérêt global de la famille industrielle c'est mettre en doute certaines suppositions fondamentales du système des affaires. Alors que ces suppositions pourraient efficacement être mises en doute,¹⁴⁸ le tribunal n'a pas essayé d'aborder officiellement la question.

Il semble invraisemblable qu'une politique efficace anti-fusion soit possible si l'on refuse une théorie d'organisation industrielle qui lie la conduite et le rendement des entreprises d'affaires à la structure industrielle. En effet, une politique semblable est-elle possible si l'on refuse d'accepter que certains types de conduite et de rendement sont plus susceptibles de se produire lorsque des modifications sont apportées à la structure d'une industrie?

Le modèle auquel avait songé K. C. Irving laisse l'organisme d'application impuissant et incapable d'empêcher émergence d'une puissance commerciale importante ou même d'un monopole. Il ne peut s'occuper du monopole qu'après que ce dernier est parvenu à maturité et qu'il a adéquatement démontré (hors de tout doute raisonnable) les effets répréhensibles associés au concept juridique du monopole.

Les condamnations se rapportant au monopole ont été rares au Canada et ne seront pas plus faciles avec la décision Irving. Une entreprise unique peut vouloir consolider le contrôle d'une industrie par la propriété commune et peut prudemment éviter les pratiques abusives. Toutefois, les pratiques communes de commercialisation peuvent conduire à des bénéfices assez élevés ou à une performance économique médiocre.

Il ne sera pas facile de les déceler; les profits importants peuvent même être simplement dus à une efficacité supérieure ou à la perspicacité d'une entreprise. Elles n'ont pas besoin d'être un indicateur de monopole. Le ralentissement gestionnel qui résulte du gonflement des coûts et de la lenteur des progrès techniques sont très difficiles à déceler. Pourtant, ils peuvent être les manifestations les moins souhaitables du monopole. Sous à la fois une loi et une appréciation beaucoup plus raffinées des fusions et des monopoles au Canada, l'ordre public ne pourra empêcher les effets malencontreux de la concentration du pouvoir économique.

Le Tribunal a peut-être choisi cette occasion pour obtenir des révisions législatives importantes en matière de politique de fusion. Malgré tout, toute la question de l'avantage d'une politique efficace en matière de fusion et de monopole au Canada ne peut être évitée encore plus longtemps par le Parlement. Il s'agit peut-être de la principale valeur à long terme de la décision Irving.

RENOIS EN BAS DE PAGES

1. Regina contre K.C. Irving Limited et al., Jugement non rapporté de la Cour suprême du Canada, le 16 novembre 1976, Document mimeographié du Bureau de la politique de concurrence, 136-5, page 14.
2. R.S.C., 1970, c. C-23 modifié par c. 10 (1er supp), c. 10 (2e supp) 1974-1975-1976, c. 76.
3. Voir Frederic M. Scherer, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago, Rand McNally, 1970, ch. 4, 20; Joe S. Bain, Industrial Organization, 2e édition, New York, Wiley, 1968, ch. 11.
4. C.W. Borgsdorf, "The Virtually Unconstrained Legal Environment for Mergers in Canada", Antitrust Bulletin, vol. 18, hiver 1973, pages 809 à 825.
5. Voir ministère de la Consommation et des Corporations, Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada, deuxième étape, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977, pages 45 à 49, 61 et 62. En général, le libellé de la Loi est le même que celui qui a été proposé par L.A. Skeoch et B.C. McDonald, de concert avec M. Bélanger, R.M. Bromstein, W.O. Twaits, Economie dynamique et responsabilité dans une économie du marché au Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976. Ce rapport est analysé par W.T. Stanbury, "Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique", Osgoode Hall Law Journal, vol. 15, n° 1, 1977 (à paraître).

6. Des discussions sur la constitutionnalité de la loi se trouvent dans S.G.M. Grange, c.r., The Constitutionality of Federal Intervention in the Marketplace - The Competition Case, Montréal, C.D. Howe Research Institute, 1976; Peter W. Hogg et Warren Grover, "The Constitutionality of the Competition Bill", Canadian Business Law Journal, vol. 1, n^o 2, 1976, pages 197 à 228; et Robert Reid, "The New Role of the Restrictive Trade Practices Commission: A Constitutional and Administrative Viewpoint" dans W.T. Stanbury (ed.) Papers on the 1975 Amendments to the Combines Investigation Act, Vancouver, University of British Columbia, Faculty of Commerce and Business Administration, 1976, pages 157 - 187.
7. S.C. 1889, (52 Victoria), c. 41.
8. c) "coalition" signifie tout contrat, accord, arrangement ou combinaison ayant, ou dont l'objet est d'avoir l'effet d'augmenter ou de fixer le prix ou louage de tout article de commerce... et comprend l'acquisition, le louage ou autrement la prise de possession, ou l'obtention par toute personne, pour les objets susdits, de tout intérêt prépondérant ou intérêt dans les affaires, ou toute partie des affaires de toute autre personne, y compris ce qui est connu sous les noms de coalition "trust", monopole ou syndicat (merger);
9. S.C. 1923, c. 9, s. 2.
10. S.C. 1935, c. 54, s. 2(f).
11. S.R.C. 1952, c. 314, a.2.
12. Note 2 supra a.2.

13. James A Sherbaniuk, "Merger Rules and Guidelines - Comments", Antitrust Law Journal, vol. 36, 1967, pp. 30-44.
D. H. W. Henry, "Mergers in Canada Under the Combines Investigation Act", Texas International Law Forum, vol. 5, n^o 1, 1969, pp. 1-13.
D. H. W. Henry, "Mergers, Rationalization and Specialization Agreements", Western Ontario Law Review, vol. 8, 1969, pp. 123-134.
A. Beacham et J. C. H. Jones, "Merger Criteria and Policy in Great Britain and Canada", Journal of Industrial Economics, vol. 19, n^o 2, avril 1971, pp. 97-117.
M. A. Cohen, "Mergers and Joint Ventures - A Canadian-American Perspective and Comparison", Antitrust Law Journal, vol. 32, 1966, pp. 188-193.
Robert Lyon, "Recent Canadian Anti-Combines Policy: Mergers and Monopoly", University of Toronto Law Review, vol. 15, n^o 1, 1963, pp. 155-184.
W. G. Phillips, "Canadian Combines Policy - The Matter of Mergers", Canadian Bar Review, vol. 42, n^o 3, 1964, pp. 78-99.
J. Edgar Sexton, "Mergers Under Canadian Combines Law", Western Ontario Law Review, vol. 2, 1963, pp. 1-49.
14. R. c. Canadian Import Co. et al. (1933) 51 C.C.C. 114 précisément 115-119.
15. (1935) 62 C.C.C. 342; 3 D.L.R. 333.
16. R. c. Staples et al. (1940) 2 W.W.R. 627; 74 C.C.C. 178; 4 D.L.R. 699.
17. (1940) 2 W.W.R. 627 à 632. Le juge Robertson alla encore plus loin. Il rejeta l'affirmation selon laquelle un actionnaire a un intérêt financier dans l'entreprise commerciale dont il détient des actions, affirmant que l'entreprise a des avoirs dans la société et qu'un

actionnaire n'a droit à aucun bien appartenant à une société (p. 632).

18. (1960) O.R. 601; 33 C.R.1; 126 C.C.C. 133.
19. (1960) 32 W.W.R. (N.S.) 577; 129 C.C.C. 7; (1962) 38 C.P.R. 177.
20. (1960) O.R. 601 à 609 et 620-621. Au Québec, la société Canadian Breweries détenait, grâce à sa filiale National Breweries, 51.8% du marché en 1958. Au Manitoba, Canadian Breweries détenait 40.96% du marché en 1958, en Saskatchewan 34.2%, en Alberta 7.9% seulement mais détenait 40% des actions de l'une des trois plus importantes brasseries de la province. En Colombie Britannique, Canadian Breweries détenait 36% du marché en 1958, en Nouvelle Ecosse 14.9% et au Nouveau Brunswick 5.7%. Dans les deux autres provinces, la société n'exploitait pas de brasserie mais expédiait la bière d'Ontario.
21. (1960) O.R. 601 à 604.
22. Howard Smith Paper Mills Limited et al. c. La Reine (1957) S.C.R. 403; 26 C.R.1; 118 C.C.C. 321; 8 D.L.R. (2c).
23. (1957) S.C.R. 403 à 426. Le paragraphe 32(1.1) a été ajouté aux modifications de 1975 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Il stipule que pour établir un complot "il n'est pas nécessaire de prouver que le complot... s'il était exécuté, éliminerait ou serait susceptible d'éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur le marché auquel il se rapporte, ni que les participants ou l'un ou plusieurs d'entre eux, visaient à éliminer la concurrence, entièrement ou à toutes fins utiles, sur ce marché".
24. (1960) O.R. 601 à 605.
25. Ibid. 605.

26. Ibid. 622.
27. Ibid. 621, 626.
28. R. C. Northern Electric Company Limited et al. (1955) O.R. 431 à 469.
29. (1960) O.R. 601 à 629.
30. Ibid. 629-630.
31. Ibid. 624.
32. J. C. H. Jones, "Mergers and Competition: The Brewing Case", Canadian Journal of Economics and Political Science, vol. 33, n^o 4, novembre 1967, pp. 551-568.
33. Ibid. 630.
34. Ibid. 630.
35. Ibid. 630.
36. (1960) 32 W.W.R. (N.S.) 577 à 635. Contrairement au juge McRuer dans l'affaire Canadian Breweries, le juge Williams déclara: "Je suis arrivé à la conclusion que les décisions rendues conformément à l'article 411 du Code (criminel) ne m'aident pas beaucoup à déterminer les problèmes soulevés devant ce tribunal dans cette affaire "unique"." (595)
37. Ibid. 605.
38. Ibid. 633.
40. Ibid. 637.
41. Ibid. 587-588.
42. Ibid. 586.
43. Ibid. 586.
44. Ibid. 606.

58. Ibid., p. 427.
59. Ibid., p. 430.
60. Cf. Rapport annuel du Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, pour l'exercice clos le 31 mars 1966, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, p. 18 à 22. Le programme de conformité figure dans chaque rapport... depuis l'année 1964-1965. Le "contrôle des fusions au Canada" est publié dans le rapport de l'année 1967-1968 (p. 14 à 16).
61. Ibid. p. 20.
62. Howard Smith Paper Mills Limited et al. c. la Reine (1957) S.C.R. 403 à 426.
63. R. c. Abitibi Power and Paper Company Limited et al. (1961) 131 C.C.C. 251.
64. R. c. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent (1961) O.R. 265 à 279.
65. R. C. Electric Reduction Company of Canada Ltd. (1970) 61 C.P.R. 235.
66. R. c. K. C. Irving Ltd. et al. (1974) 16 C.C.C. (2d); 13 C.P.R. (2d) 115; 7 N.B.R. (2d) 360; 45 D.L.R. (3d) 45 (procès) jugement de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, Division des appels (4 juin 1975) indiqué au 23 C.C.C. (2d) 479.
67. Conseil économique du Canada, rapport provisoire sur la politique de concurrence, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 86.

68. Ce numéro exclue le Meat Packing Report discuté ci-dessus. Les sept rapports étaient les suivants:

Commission des pratiques restrictives sur le commerce,
Report concerning the Production and Supply of Newspapers in the City of Vancouver and Elsewhere in the Province of British Columbia, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1960.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report concerning the Acquisition of the Common Shares of Hendershot Paper Products Limited by Canadian International Paper Company, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report concerning the Acquisition of Bathurst Power and Paper Canada Limited of Wilson Boxes, Limited, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report relating to the Acquisition in 1962 of the Times-Journal Newspaper, Published in Fort William, Ontario, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report in connection with the Production, Distribution, and Sale of Propane in British Columbia, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report concerning the Production, Distribution and Sale of Phosphates, Other Phosphorous Chemicals and Sodium Chlorate, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966.

Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce,
Report concerning the Production, Manufacture, Supply and Sale
of Cast Iron Soil Pipe and Fittings in the Prairie Provinces and
British Columbia, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.

69. Rapport annuel du directeur des enquêtes et recherches, Loi relative
aux enquêtes sur les coalitions, pour l'année se terminant le 31
mars 1973, Ottawa, Information Canada, 1973, p. 47.
70. L. A. Skeoch, "Merger Issues in Canada", Antitrust Bulletin, vol. 16,
no 1, 1971, p. 133.
71. Ibid. p. 134.
72. Note 65 ci-dessus.
73. D. G. McFertridge, "The Emergence of a Canadian Merger Policy: The
Erco Case", Antitrust Bulletin, vol. 19, no 1, Printemps 1974, pages
1 à 12.
74. Ibid., p. 10.
- 74a. Erco avait déjà le monopole du marché des phosphates industriels.
L'accusation concernant la fusion concernait l'acquisition de Dominion
Fertilizers qui ne produit pas de phosphates industriels mais
menaçait de se lancer dans ce domaine. L'acquisition a donc impliqué
une diminution de la concurrence susceptible d'apparaître. Ce n'était
qu'une perspective.
75. (1974) 16 C.C.C. (2d) 49 à 104, 105, 124-125.
76. Note 70 ci-dessus.
77. Note 4, p. 822, ci-dessus.

78. Tiré de R. c. K. C. Irving Limited et al. (1974) 16 C.C.C. (2d) 49 à 50-52.
79. Ibid. à 97.
80. Ibid. à 87-91.
81. Ibid. à 93.
82. Ibid. à 93.
83. Ibid. à 79.
84. Ibid. à 94.
85. Ibid. à 103.
86. Ibid. à 104.
87. Ibid. à 105.
88. Ibid. à 105.
89. Ibid. à 115.
90. Ibid. à 124-125.
91. (1974) 22 C.C.C.(2d) 291 à 286, 294.
92. (1975) 23 C.C.C.(2d) 479.
93. Ibid. à 488.
94. Ibid. à 488.
95. Ibid. à 490-493.
96. Ibid. à 485.
97. Ibid. à 485. Voir également p. 490 et p. 498 pour des déclarations similaires.

98. Ibid. à 490.
99. Ibid. à 490-491. Plus loin, à la p. 503 le juge a réitéré ce point de vue et a déclaré "Le public n'a pas été en fait privé d'un 'marché compétitif'".
100. Ibid. à 493.
101. Ibid. à 495.
102. Ibid. à 498.
103. Ibid. à 498.
104. Ibid. à 499.
105. Ibid. à 495.
106. Ibid. à 495-496.
107. Ibid. à 496-497.
108. Ibid. à 491.
109. Ibid. à 492.
110. Ibid. à 492 (nous avons souligné)
111. Ibid. à 493 (nous avons souligné)
112. Ibid. à 502
113. Ibid. à 507 (J. A. Limerick a déclaré à tort que Wilson, C.J.Q.B., avait présidé le tribunal chargé de l'affaire B.C. Sugar).
114. Jugement de la Cour suprême du Canada n'ayant pas donné lieu à rapport, 16 novembre 1976, Bureau de la politique de concurrence mimeo 136-5, pages 2 et 3.

115. Ibid. à 6-7.
116. Ibid. à 7.
117. Exposés des faits de l'appellant (Appel à la Cour suprême du Canada) pages 19 à 23. M. Neil McLeod nous a fourni un exemplaire de l'exposé des faits.
118. Ibid. pages 23 à 44.
119. Ibid. p. 25.
120. Tel que cité dans le jugement de la Cour suprême du Canada n'ayant pas donné lieu à rapport, le 16 novembre 1976, Bureau de la politique de concurrence mimeo 136-5, p. 8.
121. Ibid. p. 8. L'avocat de Irving Companies a allégué que si le Parlement avait eu l'intention de vouloir dire que le préjudice au public se produit automatiquement lorsqu'un contrôle, ou des moyens de contrôle, ou un monopole, ou une fusion surviennent, il aurait été simple d'utiliser un langage précis pour exprimer l'intention..." (Exposé des faits pour les répondants p. 21) M. D.M. Gillis, c.r. nous a fourni une copie de cet exposé des faits.
122. Note 120 ci-dessus, pages 8 et 9.
123. Ibid. p. 9.
124. Ibid. p. 10.
125. Ibid. pages 10 et 11. La citation originale est (1957) S.R.C. 403 à 409.
126. R. c. Eddy Match Company Limited et al. (1952) 13 C.R. 217; 104 C.C.C. 39; 17 C.P.R. 17 (Procès). Le jugement d'appel figure dans (1954) 18 C.R. 357; 109 C.C.C. 1; 20 C.P.R. 107. L'autorisation d'en appeler à la Cour suprême a été refusée.

127. Voir note 120 ci-dessus, p. 11. La citation originale est (1954)
109 C.C.C. 1 à 21.
128. Ibid., p. 11, original à 21.
129. Ibid., p. 13.
130. Ibid., p. 13.
131. Ibid., p. 13.
132. Ibid., à 13-14.
133. Exposé des faits de l'appelant p. 20.
134. Ibid., p. 21.
135. Ibid., p. 21.
136. Ibid., p. 8. Avoirs au 31 juillet 1970.
137. Rapport du Comité spécial du Sénat sur les moyens de communication
de masse, Volume II, Les mots, la musique et les sous, Ottawa,
Imprimeur de la Reine, 1970, p. 87.
138. Ibid., p. 87.
139. Ibid., pp. 87,88.
140. Ibid., p. 87. Pour une analyse plus approfondie de K.C. Irving et de
ses intérêts, voir R. Hunt et R. Campbell, K.C. Irving: The Art of
the Industrialist, Toronto, McClelland et Stewart, 1973.

141. Voir la cause Eddy Match, note 126 ci-dessus.
142. W.T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977. Voir chapitre 5 "Canadian Attitudes Toward Competition Policy: The Historical Climate".
143. Lorsqu'il a présenté la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions de 1910 au Parlement, M. Mackenzie King a déclaré ce qui suit:
"J'aimerais que la Chambre comprenne qu'en présentant ce texte de loi on ne tente nullement de légiférer contre les coalitions, les fusions et les trusts proprement dits..." Ce texte de loi permettrait plutôt de faire enquête sur les sociétés "lorsqu'il y a des raisons de croire qu'une coalition s'effectue au détriment du public". (cité dans L.A. Skeoch, Restrictive Trade Practices in Canada, Toronto, McClelland and Stewart 1966, pp. 23,24).
144. (1975) 23 C.C.C. (2e) 479 à 495-496.
145. Dans K.C. Irving, la Cour d'appel et la Cour suprême ont indiqué que non seulement la preuve de préjudice a été réfutée, mais que la preuve de l'utilité publique a été alléguée. Toutefois, les deux Cours n'ont pu déterminer si les avantages obtenues émanaient directement des fusions ou s'ils auraient normalement existé sans la reprise opérée par K.C. Irving.
146. (1960) O.R. 601 à 608.
147. Ce point est souligné par David L. McQuenn lorsqu'il soutient que la fusion doit être évaluée par un tribunal civil compétent

"formé de membres de divers secteurs appropriés du droit, de l'économie du monde des affaires (qui) pourraient apprécier en toute connaissance de cause les preuves économiques et prendre les décisions délicates que les cas de fusion rendent nécessaires. (David L. McQueen "Tribunals and Take-Overs in Canada", Canada's Competition Policy, Ottawa, The Conference Board in Canada, 1972, p. 60.

148. Voir J.K. Galbraith, *The New Industrial State*, Boston, Houghton-Mifflin 1971 (édition révisée.)

VI. AUTRES QUESTIONS

Poursuites pour infractions criminelles

Un nombre considérable de restrictions à la liberté du commerce demeurent des infractions criminelles en vertu de la partie V du projet de Loi sur la concurrence. Bien que le bill C-42 abolisse le recours à la Commission d'enquêtes sur les pratiques restrictives du commerce (ou la Commission de la concurrence proposée) pour évaluer les cas qui nous sont présentés par le Directeur des enquêtes et recherches et en faire état, il intervient nullement pour changer le contrôle exercé par le ministère de la Justice sur la poursuite des cas de coalition. L'efficacité de la politique de la concurrence dépend d'un certain nombre de facteurs: les termes de la loi; l'interprétation de la loi par les tribunaux; la vigueur de l'administration qui l'applique ainsi que les peines et mesures invoquées par les tribunaux. Trois de ces facteurs dépendent de l'administration et de l'application. Dans le premier cas, celles-ci dépendent des techniques de sélection des cas et des enquêtes faites par les responsables du Bureau de la politique de la concurrence.

Tous leurs efforts et toute leur bonne volonté pour intenter des procès pourraient être réduits à néant si le ministère de la Justice refuse d'entendre les causes rapidement en faisant preuve d'imagination. Fondamentalement, le Bureau de la politique de la concurrence est un organisme de recherche et d'enquête. Il ne peut que recommander un procès. Il ne peut en intenter devant les tribunaux de sa propre initiative, contrairement à ce qui se fasse aux Etats-Unis où le procureur général adjoint de la Division antitrust du ministère de la Justice effectue également les enquêtes et les recherches. Au Canada, le monopole dont

jouit le ministère de la Justice sur toutes les poursuites fédérales représente un filtre ou un point de décisions importants entre l'enquête et la poursuite.

Dans le passé, on peut dire avec assez de certitude que les responsables du Bureau du Directeur des enquêtes et recherches ont été lésés par les hésitations des juges et les délais mis par eux pour étudier certains cas. Une recherche effectuée par les professeurs Gorecki et Stanbury sur toutes les poursuites relatives aux coalitions entamées et terminées entre 1960/61 et 1974/75, révèle qu'il s'écoule en moyenne 38.0 mois entre le moment où le directeur envoie sa déclaration de preuve au RTPC et le dépôt des accusations.¹ La durée moyenne qui s'écoule entre le résumé de la preuve et le dépôt des accusations, si la cause est envoyée directement au ministère de la Justice par le directeur, était de 14.2 mois.

Toutefois, les cas soumis au RTPC n'ont été gardés en moyenne que 14 mois par cet organisme, ce qui signifie qu'ils sont restés 24 mois entre les mains du ministère de la Justice avant que les accusations ne soient établies. De plus, leur témoignage indique clairement que le retard mis par le ministère de la Justice à établir les accusations accroît grandement la probabilité que la cause n'entraînera qu'une demande d'ordonnance d'interdiction aux termes de l'article 30(2). Dans pratiquement tous les cas, cette dernière constitue une mesure plus faible que l'ordonnance d'interdiction et d'amende qui est normalement émise à la suite d'une condamnation.

Les coalitions représentent une infime portion de la charge de travail d'un juge. Le nombre restreint de ces cas (à l'exception des cas de publicité trompeuse) dans une année signifie que peu de procureurs de la Couronne ont une grande connaissance du domaine ou vient d'un oeil favorable de telles poursuites comme les cas de coalition sont souvent complexes (ils nécessitent des connaissances économiques) et donnent à des procès de longue durée, ils semblent diminuer le rendement des procureurs de la Couronne qui en sont chargés.

Skeoch et MacDonald sont d'accord pour que le Ministère de la Justice reste le seul au sein du gouvernement fédéral à pouvoir entamer des poursuites pénales sous prétexte que ces dernières peuvent être utilisées d'une manière trop agressive par des enquêteurs et des technocrates aux vues étroites. Mais comment le public, victime des restrictions illégales à la liberté du commerce, sera-t-il protégé contre le manque manifeste d'enthousiasme dont fait preuve le ministère de la Justice pour les affaires de coalition ou sa propension à atermoyer et à retarder les poursuites justifiées?

À notre avis, les causes relatives à la concurrence seraient mieux traitées si le directeur des enquêtes et recherches constituait un personnel restreint formé d'avocats spécialisés qui travailleraient de concert avec un avocat de l'extérieur et si on lui permettait d'établir directement des accusations. S'il outrepassait son rôle de procureur introduisant des causes sans raison, valable, nul doute que les juges des instances préliminaires le signaleraient. À tout le moins, le directeur devrait pouvoir se présenter devant la cour de son propre chef si le ministère de la Justice prend trop de temps à se décider sur le bien-fondé des poursuites.

Restriction des importations ou des exportations

L'article 31.51 investit la Commission de la concurrence du pouvoir de faire des ordonnances relativement à des accords ou des ententes conclus entre une société canadienne et une filiale étrangère lorsqu'ils ont pour but "de réduire sensiblement l'importation d'un produit au Canada ou son exportation". Bien que l'article traite également "de directive, d'ordre ou d'énoncé de politique..." qui auraient le même effet, il exempte les sociétés qui représentent moins de 25% "de la production ou de la fourniture au Canada du produit..." ce qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance.

Ce seuil est beaucoup trop élevé. Il est difficile de voir, du point de vue de l'intérêt du consommateur, pourquoi d'autres ententes que les ententes de minimus devraient être exclues. Le comité devrait modifier le bill C-42 de façon à abaisser le seuil à 5%.

En plus des dispositions civiles soulignées ci-dessus, l'article 32.1 rend une société canadienne coupable d'infraction criminelle si elle conspire avec une ou plusieurs société(s) non affiliée(s) à l'extérieur du Canada en vue

- "a) de restreindre l'importation d'un produit au Canada
- b) de restreindre l'exportation du 5 Canada d'un produit; ou
- c) d'entraver la concurrence au Canada par des moyens autres que ceux qui sont visés aux alinéas a) et b)."

Toutefois, l'article 32.1 (4) prévoit que lorsque les membres canadiens d'une coalition d'importation ou d'exportation assurent moins de 50% de la production ou de la fourniture au Canada du produit qui fait l'objet des poursuites, le tribunal ne doit pas les condamner.

Il est difficile de saisir le but d'un seuil aussi élevé, si ce n'est qu'il est conçu dans l'intérêt du milieu des affaires et au détriment du consommateur. D'un autre côté, la règle de 50% a été invoqué au lieu du terme "indépendant" utilisé dans l'article 32(1). De toute façon, le seuil est beaucoup trop élevé. Il faudrait modifier le bill pour l'abaisser à 10%. De plus, l'article 32.1(4), parle de la "production ou de la fourniture au Canada...", sous-entendant ainsi que le marché visé est le pays tout entier. Si le marché est, en fait, régional, les coalitions mettant en cause jusqu'à 100% de ce marché peuvent ne pas porter sur 50% du marché national et dès lors être exemptées. Sous sa forme actuelle, l'article 32.1 est tout à fait insatisfaisant du point de vue du consommateur.

Monopole

Le monopole est le sujet des dispositions civiles (article 31.72) et pénales (article 33) du bill C-42. Aux termes des dispositions civiles, l'article 31.72(5) déclare que la société ou des sociétés filiales "contrôlent moins de cinquante pour cent de la catégorie ou de l'espèce d'entreprise où elles exercent leur activité peuvent .. contrôler sensiblement l'ensemble du secteur en question. C'est là une caractéristique souhaitable des dispositions civiles. Toutefois, on ne retrouve rien de tel dans les dispositions criminelles de l'article 33. À notre avis, les dispositions civiles et criminelles devraient concorder.

De plus, le paragraphe 31.72 est inutilement compliqué car il fait allusion à deux questions connexes et différentes qui peuvent faire l'objet d'une étude: le monopole (alinéas 31.71(1) et (5)) et la monopolisation (alinéa 31.72 (2)). A-t-on inclus ces deux questions dans le même article

parce que pour porter une accusation relative à la monopolisation il faut d'abord qu'il y ait monopole? Ce ne semble pas être le cas car au sous-alinéa 31.72(2)a), on peut lire "ont tenté ou tentent de créer un monopole" de même que "de consolider un monopole ou d'étendre un pouvoir monopolisateur à un autre marché".

À notre avis, il faudrait modifier le texte de cet article et y décrire plus clairement et y intégrer de façon plus appropriée les dispositions civiles concernant le monopole et la monopolisation.

Appel de décisions de la Commission de la concurrence

Si l'on peut se fier aux réactions qu'a provoquées le bill C-256 présenté en 1971, les financiers tenteront de faire modifier le bill C-42 de façon qu'on puisse en appeler des décisions de la Commission de la concurrence

- (i) auprès des tribunaux d'appel ordinaires (et peut-être auprès de la Cour suprême du Canada) pour des constatations de faits (avec autorisation), pour des points de droit ou pour les mesures imposées, ou
- ii) auprès du cabinet lorsque la Commission a rendu une décision contraire aux intérêts d'entreprises.

On prétend souvent et de façon tapageuse que le bill C-42 ne prévoit pas de droit d'appel. Il ne semblerait pas que ce soit le cas. À notre avis, la Commission de la concurrence serait soumise aux dispositions de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. En vertu de cet article, la Cour fédérale d'appel peut réviser et annuler une décision ou ordonnance de la Commission lorsque cette dernière i) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence, ii) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit et iii) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de faits erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance. Nous considérons que ces dispositions constituent une procédure d'appel parfaitement adéquate.

Nous approuvons Skeoch et McDonald lorsqu'il déclarent qu'on risquerait d'aller à l'encontre des buts pour lesquels la commission spécialisée a été créée en permettant aux tribunaux de substituer leurs jugements aux décisions adéquates rendues par la commission et concernant des faits, des définitions de marché ou des mesures correctives³. Il y a presque six ans, M. David L. McQueen a exprimé la même opinion lorsqu'il a déclaré, à propos du bill C-256, que si l'on permettait d'interjeter appel auprès de tribunaux ordinaires pour des questions de fond, tout se terminerait devant un tribunal supérieur. Le rôle de la commission ne consisterait plus à tenter de prévoir la décision du tribunal supérieur et à retarder le prononcé de l'arrêt.⁴ Sans plus!

Bien que Skeoch et McDonald proposent de permettre d'interjeter appel auprès du cabinet des ordonnances de la commission pour permettre une coordination globale des politiques nationales et pour résoudre des questions purement politiques⁵ nous nous opposons à tout droit d'appel auprès du cabinet.

Permettre d'en appeler au cabinet correspond à répéter les erreurs commises dans les procédures relatives à la Loi sur l'examen de l'investissement étranger et par lesquelles les pressions de groupes d'intérêts organisés empêchent de s'en remettre à la décision du tribunal compétent en la matière. Cela ne veut pas dire que les affaires vraiment importantes soumises à la commission ne comporteront pas certaines implications politiques ni ne mettront un jeu des jugements de valeur lourde de conséquences.

Cependant, le fait d'en appeler au cabinet constitue presque une invitation directe à laisser les groupes d'intérêts particuliers organisés faire pression auprès des membres du cabinet pour atteindre leurs objectifs souvent restreints. Il est presque certain qu'on ne tiendra pas compte des intérêts⁶ légitimes du consommateur. Remettre la décision entre les mains du cabinet équivaut à favoriser les intérêts d'une minorité au détriment de ceux du public.

Partie VI: Renvois

1. Paul K. Gorecki et W.T. Stanbury, "Loi canadienne relative aux enquêtes sur les coalitions: histoire de l'application du droit public", document présenté lors de la Conférence nationale sur la politique de concurrence, parrainée par l'Université de Toronto, 12 et 13 mai 1977, Toronto, tableau 12.
2. Ibid., p. 15-16
3. Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald, Evolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1976, p. 310.
4. David L. McQueen, "tribunals and Take-Overs in Canada", dans Canada's Competition Policy, Ottawa, Conference Board in Canada, 1972, p. 61.
5. Renvoi 3, p. 314.
6. Les raisons techniques de cette affirmation sont décrites par W.T. Stanbury, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977, chapitre 3.

APPENDICE «FTE-42»

MÉMOIRE SOUMIS PAR
Messieurs D.E. ARMSTRONG, M.G. ARMSTRONG,
PETER FRIESEN ET DANNY MILLER.

AU

COMITÉ PERMANENT DES FINANCES,
DU COMMERCE ET DES QUESTIONS ÉCONOMIQUES.

CONCERNANT LE BILL C-42

SOMMAIRE

Le présent mémoire porte essentiellement sur les vues du Bureau de la politique de concurrence par rapport à la concentration, et sur les répercussions que ces vues peuvent avoir sur le Bill C-42.

En résumé, le bureau semble croire:

1. Que le degré de concentration oriente le choix;
2. Que la concurrence diminue ou que la concentration augmente;
3. Que la concentration entraîne des profits excessifs;
4. Que les sociétés oeuvrant au sein d'industries concentrées vendent à des prix supérieurs;
5. Que la concentration limite le choix;
6. Que la concentration fait obstacle aux innovations; et
7. Qu'un haut degré de concentration entraîne une mauvaise affectation des ressources.

Les auteurs se sont penchés sur chacune de ces vues et ont conclu qu'elles ne se fondent sur aucune base théorique ou empirique. Nous avons remarqué notamment que la faible, mais néanmoins persistante tendance à un haut degré de concentration qui semble entraîner des profits légèrement supérieurs à la moyenne disparaît, en règle générale, lorsqu'on procède à une analyse à plusieurs variables qui tient compte de tous les autres facteurs en cause.

Bref, il est possible d'affirmer qu'il y a autant de concurrence dans l'industrie sidérurgique, même si elle est hautement concentrée, que sur le marché de vêtements de travail d'une petite localité où la concentration est assez faible. En outre, il est davantage dans l'intérêt des canadiens, tant du point de vue du rendement que de celui de la concurrence, que notre industrie sidérurgique compte trois entreprises de 5,000 travailleurs, par exemple, plutôt que dix entreprises de 1,500 travailleurs.

Cette étude fait ressortir la nécessité de modifier considérablement le Bill C-42, si l'on veut répondre aux besoins du Canada. Il conviendrait de : retirer toute mention de monopoles et monopoles conjoints; faciliter les fusions; ajouter des mesures préventives pour protéger l'industrie et la concurrence des vues du bureau; réétudier soigneusement l'idée de confier la rationalisation (qui est simplement un synonyme de concentration) à un ministère qui s'oppose aussi manifestement à cette possibilité.

INTRODUCTION

Pour bien saisir ce projet de loi sur la concurrence, il nous faut d'abord comprendre les théories et les hypothèses de ceux qui l'ont parrainé. C'est pourquoi notre première tâche en ce qui concerne l'évaluation du document intitulé Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada¹ qui vient d'être publié, est d'énoncer aussi clairement que possible l'opinion qu'ont de la concurrence ces parrains, c'est-à-dire les hauts fonctionnaires du Bureau de la politique de concurrence du ministère de la Consommation et des corporations. Pour ce faire, nous nous sommes fondés non seulement sur le projet de loi (Bill C-42), mais aussi sur des discours et d'autres mémoires des divers porte-parole du Bureau.

Il convient d'abord de souligner que bon nombre des théories et des hypothèses des hauts fonctionnaires du bureau sont généralement acceptées et essentiellement correctes. Par exemple, rares sont ceux qui trouvent à redire à la proposition visant à empêcher l'entrée sur le marché d'un concurrent éventuel. Personne n'approuve la publicité trompeuse et la fausse représentation, et ainsi de suite. Le Comité ne ferait que perdre son temps si nous devions nous pencher sur les sujets qui rencontrent l'approbation

1. Ministère de la Consommation et des Corporations, Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada-Deuxième étage (Ottawa, ministre des approvisionnements et services, 1977).

générale; ayant signalé qu'il en existe beaucoup, nous abordons maintenant les questions qui ont suscité des désaccords assez profonds.

Le sujet le plus controversé est celui de la concentration qu'on qualifie d'oligopole ou de concurrence entre un nombre limité de corporations. Avant de continuer, nous tenons à nous assurer que la notion de concentration ou d'oligopole est bien comprise.

QU'EST-CE QUE LA CONCENTRATION?

Il existe plusieurs différents niveaux de concentration, mais les critères sur lesquels ils se basent sont essentiellement identiques; il s'agit d'évaluer le nombre limité d'entreprises qui desservent une part arbitrairement définie, mais considérable d'un marché donné en lui fournissant un produit déterminé. Les études de concentration se fondent sur une vue structuraliste de la concurrence, selon laquelle la meilleure façon de mesurer le degré de concurrence consiste à compter le nombre d'entreprises qui vendent un produit donné sur un marché déterminé. Tous les ouvrages traitant d'économie vous diront que sur le prétendu marché "concurrentiel parfait", un très grand nombre d'entreprises vendent des produits en tous points semblables sur un seul marché. Dans le cas d'un "monopole parfait", un seul vendeur vend un seul produit. En se fondant sur cette définition, on ne peut que conclure que la concurrence est fonction du nombre d'entreprises.

Ainsi, ceux qui acceptent cette théorie comptent le nombre d'entreprises - ou du moins les plus importantes - et en dérivent des mesures de "concentration" pour chaque secteur de l'industrie.

POINT DE VUE DU BUREAU SUR LA CONCENTRATION

Les témoignages que le sous-ministre adjoint du bureau de la politique de concurrence a présentés à la commission Bryce reflète clairement le point de vue du bureau de la concurrence sur la concentration. Dans son témoignage, ce dernier a déclaré: "la loi canadienne sur la concurrence est censée maintenir et encourager la concurrence sur la scène économique du Canada en interdisant les pratiques de certaines entreprises qui visent à limiter la concurrence et en décourageant la recrudescence de la concentration dans les industries canadiennes." 2

(Nous avons souligné nous-même)

La déclaration suivante explique exactement la logique sur laquelle se fonde cette politique:

"La recrudescence de la concentration dans l'industrie canadienne contribue à diminuer les avantages que le public est normalement censé retirer de la libre concurrence: sur le plan des prix inférieurs pour les biens et services, d'un plus grand choix pour les consommateurs, d'un plus grand esprit d'innovation de la part des entreprises ainsi que d'une utilisation et d'une répartition plus efficace à long terme des ressources au sein de l'économie canadienne."³

2. Témoignage de M. Robert J. Bertrand, Sous-ministre Adjoint du Bureau de la politique de concurrence et directeur des Enquêtes et Recherches, Loi sur les enquêtes sur les coalitions, devant la Commission royale d'enquête sur la concentration des corporations (Ottawa, 3 novembre 1975, document mimographié) p.2.

3. Ibid.

Une autre citation tirée des Propositions est également importante.

Dans son rapport sur la politique de concurrence, le Conseil économique se montrait très préoccupé par la forte concentration observée dans de nombreux secteurs de l'économie canadienne. Des études ultérieures devaient démontrer qu'environ un tiers des ventes du secteur manufacturier était réalisé par des industries dans lesquelles les quatre plus grandes entreprises représentaient au moins 75 p. 100 du chiffre d'affaires de l'industrie. Comme l'indiquait le Conseil, plus un secteur est concentré, plus on risque d'y observer des usages condamnables*, par exemple des ententes tacites ou expresses sur les prix et des pratiques commerciales anticoncurrentielles. Le Conseil faisait état des nombreuses études selon lesquelles des bénéfices supérieurs à la moyenne allaient de pair avec une forte concentration. Selon le Conseil économique, la capacité de maintenir des

bénéfices élevés pendant une période considérable
était l'indice d'un manque d'efficacité dans l'utilisation
des ressources.**4

Il convient de formuler deux autres avis implicites du Bureau. Premièrement, les estimations concernant la concentration, comme celles que le Bureau a publié pour le Canada, mesurent effectivement ce qu'elles se proposent de mesurer. Par exemple, si l'on nous dit que 20 sociétés représentent 80% des ventes dans une industrie particulière, nous devrions être en mesure d'en conclure qu'un consommateur qui cherche un produit particulier relevant de cette industrie peut choisir de l'acheter à l'une de ces 20 sociétés qui, en moyenne, approvisionnent 4% du marché, ou à l'une des sociétés moins importantes qui représentent les 20% restants sur les ventes.

Deuxièmement, le Bureau indique implicitement qu'à mesure que le nombre des entreprises augmente dans une industrie, la concurrence augmente également.

Ces points de vue du Bureau de la concurrence sur la concentration peuvent être résumés en sept propositions.

* p. 79 du rapport provisoire

** p. 80 du rapport provisoire

4. Consommation et Corporations, opus cité, page 89

1. Les données publiées sur les coefficients de concentration fournissent une assez bonne indication de l'importance du choix dont dispose un consommateur qui cherche un produit particulier sur un marché particulier.
2. La concurrence varie toujours proportionnellement à la concentration; c'est-à-dire qu'une augmentation du nombre des entreprises engendre toujours une augmentation de la concurrence.
3. L'augmentation de la concentration engendre des profits excessifs, ou du moins, supérieurs à la moyenne.
4. Les entreprises des industries où la concentration est forte exigent des prix supérieurs à ceux qu'elles obtiendraient ou qu'elles pourraient obtenir si elles étaient plus nombreuses dans cette industrie.
5. L'augmentation de la concentration réduit le choix du consommateur.
6. Dans les industries où la concentration est forte, les innovations sont moins importantes que dans celles où la concentration est plus faible.
7. La forte concentration engendre une mauvaise utilisation des ressources.

Si ces propositions sont justes, la loi devrait adopter une attitude ferme pour éviter de favoriser la concentration ou, ce qui revient au même, de favoriser la rationalisation. Si

ces affirmations sont exactes, le Bureau a raison d'indiquer que lorsqu'une forte concentration est nécessaire pour des motifs techniques ou économiques, il est indispensable de sauvegarder les intérêts du public pourvu naturellement, que les avantages de cette sauvegarde l'emportent sur son coût. D'autre part, si, comme nous le croyons, ces affirmations ne sont pas exactes, certains aspects de la loi envisagée et de ses règlements d'application présenteront vraisemblablement de sérieux défauts.

Il n'est pas exagéré de dire que la question de savoir si le point de vue du Bureau en ce qui concerne la concentration est juste ou non est la plus importante des questions soumises à ce Comité. Si le Bureau a tort, un certain nombre de changements importants devront alors être apportés à la loi pour traduire les réalités de l'économie canadienne. En outre, si le Bureau a tort, il faudra non seulement modifier la loi, mais également ajouter des réserves à ses règlements afin de ne pas nuire à l'économie par l'application de lois et de règlements inappropriés.

Dans cette analyse, notre première tâche consistera à examiner les sept propositions qui résument le point de vue du Bureau.

1. Que mesurent exactement les coefficients de concentration?

Nous avons dit précédemment qu'un coefficient de concentration avait pour objet de mesurer le nombre des entreprises qui fournissent un produit particulier sur un marché particulier. Si l'on considère le problème du point de vue d'un acheteur particulier, ce coefficient devrait donner une indication de l'importance du choix qui se présente à l'acheteur lorsqu'il

décide d'acheter un produit particulier sur un marché particulier. Malheureusement, les coefficients de concentration publiés ne fournissent pas cette indication. La meilleure façon d'illustrer notre argument est de considérer quelques cas authentiques.

Mon père vendait des articles de mercerie dans un village de l'Ouest. Il n'y a jamais eu plus de quatre détaillants dans ce village, même lorsqu'on y inclut une entreprise de ventes par catalogue. En vérité, pour le consommateur qui avait besoin d'un article particulier dans une certaine taille, il est vraisemblable que le choix se limitait généralement à deux fournisseurs.

Naturellement, il était possible de se procurer des articles "importés". En plus de la possibilité d'acheter par catalogue, les habitants du village pouvaient se rendre à la ville la plus proche où se trouvaient d'autres fournisseurs. Cependant, les commerçants du village étaient protégés par le "tarif" qu'imposaient le mauvais état des voitures et des routes. Au fur et à mesure de l'amélioration des voitures et des routes, ce tarif protecteur a eu tendance à s'estomper, mais même aujourd'hui, le coût d'un voyage jusqu'à la ville voisine reste important et constitue toujours un élément dissuasif, même s'il est amorti sur un certain nombre d'articles.

Mon père bénéficiait en fait d'un marché fortement concentré. Son entreprise ne pouvait pas être considérée comme une entreprise dominante - ce qu'elle était manifestement du point

de vue des ventes - simplement parce qu'il n'était qu'un commerçant parmi des milliers d'autres sur des milliers de marchés. Ceci indique implicitement que le Canada ne constituait qu'un seul marché de détail. Si l'on se contente de cette affirmation, on en souligne l'absurdité. En fait, toute sa vie durant, mon père n'a affronté que la concurrence des rares entreprises locales, bien que, comme tout commerçant travaillant dans des conditions d'oligopole, il se préoccupait toujours des importations, des produits concurrents et de l'éventualité de nouveaux arrivants sur le marché. A titre de deuxième exemple, considérons maintenant l'industrie canadienne de l'acier où l'on estime généralement que la concentration est élevée. Si nous prenons le cas d'un acheteur d'acier laminé à froid, il a à peu près le même nombre de possibilités pratiques que l'acheteur d'un vêtement de travail dans mon village natal. Le nombre de fournisseurs canadiens est limité. Néanmoins, comme les marchands de gants de travail, le marchand d'acier laminé à froid doit tenir compte des importations. Comme mon père, il jouit de la protection de l'éloignement et des impôts. Cependant, au niveau du volume des achats et de la compétence des acheteurs et des vendeurs, l'industrie de l'acier est probablement mieux protégée que ne l'était mon père.

Du point de vue conceptuel ou du point de vue de l'intensité de la concurrence, il y a peu de différence entre les deux situations. La différence est sans doute appréciable au niveau du nombre de vendeurs et du nombre des acheteurs sur les deux

marchés. Cependant, il existe une différence très considérable au niveau des descriptions de ces deux situations dans les données publiées sur la concentration. Dans un cas, qu'on parle de forte concentration, mais pas dans l'autre.

C'est l'industrie canadienne des brasseries qui nous fournira notre troisième exemple. Pendant longtemps, les brasseries étaient d'assez petits établissements qui approvisionnaient un marché local. En 1875, 164 usines différentes se préoccupaient d'étancher la soif des Canadiens. Avec le temps, la technologie, la commercialisation et les données économiques de la production et de la distribution de la bière ont progressivement évolué si bien qu'aujourd'hui, au lieu d'avoir un petit nombre de brasseries locales pour chaque marché local, nous avons un petit nombre de distributeurs nationaux qui approvisionnent chaque marché local. Du point de vue du buveur de bière assis dans sa taverne favorite, l'étendue du choix a sans doute peu évolué avec le temps; s'il y a eu évolution, l'étendue du choix à sans doute augmenté. Cependant, il y a eu un changement considérable dans la façon de relever et d'interpréter les "faits".

Il n'existe pas de comptabilité précise, présente ou passée, du nombre des marques de bières ou du nombre des boissons concurrentes disponibles sur un marché particulier. Si ces chiffres existaient, nous serions mieux en mesure de dire ce qui s'est passé du point de vue de la concentration sur les marchés. Il est cependant tout à fait évident que le nombre

des boissons concurrentes a augmenté, ainsi que le nombre des marques. Le nombre des entreprises qui approvisionnent un marché n'a sans doute pas diminué. Le nombre total des brasseries canadiennes a cependant diminué sensiblement, et dans la mesure où c'est ce renseignement qu'on utilise pour évaluer la concentration, on mentionne d'un changement sensible dans le niveau de concentration de cette industrie. Il y a 50 ans, on aurait fait état d'une faible concentration dans l'industrie des brasseries; aujourd'hui, on dit qu'elle est fortement concentrée.

Cette tendance apparente n'a d'autre origine que notre impossibilité présente et passée de mesurer et de définir précisément les produits aussi bien que les marchés. En guise de quatrième exemple, choisissons au hasard un certain nombre d'industries: l'industrie des couvre-sièges, l'industrie des balais, l'industrie d'essuie-glace, l'industrie des joints de culasse, l'industrie des fermetures à glissière et l'industrie qui fabrique les machines utilisées pour extraire le miel des rayons. Notre liste pourrait s'étendre sur plusieurs centaines de pages, mais ces exemples suffiront. Ces industries sont fortement concentrées; le choix est strictement limité, ainsi que le marché; les entreprises ou les secteurs d'entreprises qui fabriquent ces produits sont très peu importantes. Cependant, les statistiques sur la concentration ne font état d'aucune de ces industries en tant que telle: elles sont regroupées avec d'autres petites industries pour former des industries plus im-

portantes appelées "fabrication d'accessoires textiles pour l'automobile", "industrie des boutons, boucles et fermoirs", "industrie de l'estampage, de l'emboutissage et du revêtement d'autres métaux", etc. D'autre part, les raffineries de sucre, les brasseries, les fabricants de pneumatiques et de tuyaux de caoutchouc et les lamineries de fer et d'acier font l'objet de catégorie distincte. On a même fait une distinction entre les "fabriques de papier-journal" et les "autres fabriques de pâte et papier".

On se demandera peut-être pourquoi les données concernant ces dernières industries devraient figurer séparément, alors que celles portant sur l'industrie fabriquant la machine à extraire le miel des rayons de miel sont probablement incluses sous la rubrique "machineries et fabricants d'équipement divers". La réponse n'est pas difficile à trouver. Lorsque les raffineurs de sucre ou les fabricants d'acier sont groupés en une industrie unique, la valeur consolidée des ventes ou des livraisons ou des autres variables figure dans une colonne intitulée "\$000,000 omis". Ce sont des industries importantes dont la production et le personnel sont considérables. L'industrie de fabrication des couvre-sièges ne fait pas l'objet d'un traitement spécial parce qu'elle est trop petite: elle ne figurerait pas dans un tableau mesurant les millions de dollars.

Cela signifie naturellement qu'aussi longtemps que ceux qui recueillent les données suivront la règle logique qui consiste à grouper les sociétés jusqu'à ce qu'ils obtiennent un ensemble

de valeurs assez importantes, le nombre d'entreprises d'une industrie sera presque uniquement le reflet de l'envergure de ces entreprises. Quelques entreprises importantes mériteront une classification à part. Quelques petites entreprises devront continuer de partager leur industrie avec des groupes d'autres petites entreprises jusqu'à ce qu'elles soient assez importantes du point de vue de nombre, et non pas du point de vue du sens. C'est là une procédure tout à fait logique qui ne nuit à personne pourvu que nous n'utilisons pas ces chiffres pour mesurer des aspects tels que la concentration, aspects qu'ils n'ont jamais été censés mesurer.

Ces exemples visent à démontrer que les mesures de concentration ne sont pas ce qu'elle prétendent être. Nous sommes maintenant en mesure d'énumérer quelques-uns des problèmes les plus manifestes de la mesure de la concentration

1. Puisque les mesures portent essentiellement sur les grandes entreprises, elles éliminent les choix offerts par les petites entreprises et la concurrence qu'elles génèrent dans l'industrie. En effet, ces mesures supposent alors que les " pouvoirs du marché " est fonction de l'envergure plutôt que de l'efficacité des coûts et de la qualité du produit, des taux financiers etc. Ce n'est pas le cas: s'il y a une guerre des prix, l'entreprise qui a les coûts les plus bas, le produit le plus attirant et les plus importantes réserves de vente, sera celle qui survivra, qu'il s'agisse d'une petite ou d'une grande entreprise.

2. Les mesures de concentration ne tiennent pas compte de la concurrence entre les industries. On ne peut prétendre que les allumettes de bois concurrencent les allumettes de papier, ou que l'aluminium, le bois et l'acier entrent en concurrence dans l'entreprise des moulures de fenêtre.
3. Les mesures de concentration ne tiennent pas compte des importations.
4. Les mesures de concentration ne tiennent pas compte de la menace d'entrée, qui peut être aussi restrictive qu'un concurrent réel.
5. Les mesures de concentration ne mesurent pas ce qu'elles prétendent mesurer. Elles n'indiquent pas le choix offert à un acheteur donné, pour un produit donné, à un moment et à un lieu donnés. Les mesures sont particulièrement erronées en ce qui concerne les petites entreprises, puisqu'on a tendance à recueillir les données de façon à grouper un grand nombre de marchés à forte concentration dans une industrie constituée qui produit des mesures de concentration faibles, et assez insignifiantes.

Cela revient à dire que les mesures de concentration établies pour le Canada et les Etats-Unis mesurent davantage l'envergure, et par conséquent la croissance, que l'éventail de choix à la portée du consommateur.

2. Relation entre concentration et concurrence

Si on menait une étude de la concurrence en analysant la

rivalité qui existe entre les pays, les joueurs de tennis, les amants ou les hommes d'affaires, il est très peu probable qu'on en arriverait à la conclusion que le degré de rivalité augmente avec le nombre des participants. Toutefois, si on a étudié les affaires dans les livres d'économie, on arrivera plus probablement à la conclusion que plus le nombre d'entreprises est grand, plus la concurrence est forte.

Nous ne disposons pas ici du temps nécessaire pour discuter à fond de la concurrence, mais il est essentiel d'en définir certains éléments fondamentaux. Le plus important est peut-être le fait que la concurrence est un phénomène multidimensionnel.

Lorsqu'on dit d'un match ou d'un marché qu'il est très concurrentiel, on peut faire allusion à l'un des divers aspects totalement différents du problème. Voici certaines des composantes de la concurrence, qui s'appliquent aux affaires aussi bien qu'à d'autres situations où il y a rivalité.

- (i) La concurrence signifie que les participants peuvent faire un choix, ce qui leur donne le droit de protester ou d'obtenir une rétribution. Sur un marché de monopole, on ne peut faire de choix. Les consommateurs ne peuvent, par le mécanisme du marché, obtenir une approbation ou une désapprobation, d'où absence de concurrence.
- (ii) Si des vendeurs se concurrencent, nous nous attendrions à ce qu'ils essaient de faire des offres plus avantageuses que celles de leurs rivaux. On aura tendance à imiter ces offres.

La concurrence équivaut donc à des séries successives d'innovations et d'imitations.

- (iii) La concurrence sera vraisemblablement accentuée si les participants jouent le jeu conformément à un ensemble de règles légitimes et équitables.
- (iv) Les concurrents devraient faire montre d'un degré raisonnable d'énergie, d'agressivité et d'indépendance.
- (v) La concurrence dépend dans une certaine mesure des aptitudes et des connaissances des participants.

Chacune des dimensions de la concurrence justifie une étude distincte, mais pour le moment, nous devons limiter notre étude à quelques observations sur le rapport qui existe entre ces dimensions et la concentration.

(i) Concentration et choix

L'aspect de la concurrence le plus important pour les partisans de la doctrine de la concentration est probablement la question du choix. L'établissement et l'utilisation de mesures de la concentration impliquent que plus il y a d'entreprises dans un secteur, plus un client a de choix, plus il y a de concurrence et, probablement plus le client sera avantagé. Mais est-ce vrai? A combien d'emplois ou de petites amies avez-vous vraiment songé avant de fixer votre choix? Le hockey est-il devenu plus concurrentiel lorsque l'association s'est élargie?

Dans Capitalism, Socialism et Democracy⁵, Joseph Schumpeter a laissé entendre que, dans le processus

politique, le choix, et la concurrence pour obtenir le rôle dirigeant seraient probablement maximisés si un pays avait deux ou trois partis politiques. Un seul parti engendre une dictature; un grand nombre, le chaos mais deux ou trois donnent aux électeurs le droit de protester efficacement et devraient maintenir les partis politiques plus ou moins à la hauteur des vœux de la population.

5 Schumpeter, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy
(New York, 1942)

Si un régime comportant deux ou trois partis assure une concurrence suffisante sur le marché politique, où les résultats sont d'une grande importance pour beaucoup, il est très difficile de comprendre pourquoi on devrait juger nécessaire d'avoir cent ou même dix fabricants de produits relativement peu importants comme les lave-vaisselle, l'acier froid laminé ou les extracteurs de miel.

(ii) La concentration et le processus de l'innovation et de l'imitation

La question du processus d'innovation et d'imitation est très claire. Supposons que 10,000 travailleurs canadiens peuvent satisfaire nos besoins en acier. L'industrie ferait-elle vraisemblablement plus de progrès sur le plan de la réduction des coûts, par exemple, ou de l'amélioration du produit, si elle était divisée en deux entreprises de 5,000

travailleurs chacune, en cinq entreprises de 2,000, en vingt de 500 ou, réponse parfaitement concurrentielle, en mille entreprises de 10 travailleurs chacune? Dans le contexte canadien, il est évident que la réponse doit se rapprocher davantage de deux que de cinq; quiconque avancerait un chiffre aussi élevé que dix se ferait moquer de lui. Le Canada a besoin d'industries fortement concentrées pour la simple raison que, dans bon nombre d'entre elles, l'exercice de la concurrence est vraisemblablement meilleur avec un nombre restreint de grandes entreprises pouvant capitaliser en réalisant des économies à grande échelle au niveau de la production, de l'innovation, de l'administration et des risques qu'avec un grand nombre de petites entreprises.

(iii) Concentration et équité

A priori, il y a peu de raisons de croire que l'idée d'équité a beaucoup à faire avec le nombre d'entreprises d'une industrie. Il est cependant à noter qu'au fur et à mesure que le nombre des entreprises diminue et que leur taille augmente, elles deviennent plus visibles et, par conséquent, peuvent plus vraisemblablement être disciplinées par des normes sociales.

(iv) Énergie, dynamisme, indépendance et concentration

Le lien entre le nombre des entreprises d'une industrie et leur dynamisme ou dépense d'énergie est probablement très ténu. Les structuralistes que gêne le nombre limité d'entreprises d'une industrie s'inquiétant de ce que, s'il

y a seulement quelques entreprises, celles-ci se rendront compte de leur interdépendance (à coup sûr), et apprendront à s'emboîter le pas, enlevant ainsi aux consommateurs un choix véritable et mettant fin aux processus d'innovation et d'imitation qui permettent d'améliorer l'offre (ce qu'ils ne font normalement pas).

Ce souci n'est pas issu de données empiriques, mais de modèles théoriques non réalistes. Trop d'économistes se familiarisent avec les affaires grâce à des modèles simplistes de théorie des prix, qui prétendent qu'un produit n'est qu'un produit, que la seule variable qui importe, c'est le prix, et que le prix n'a qu'une seule valeur. Il s'en suit qu'il doit être facile de conspirer pour finalement convenir de cette valeur unique.

La réalité est toutefois différente du modèle. Même le produit le plus simple a au moins 30 dimensions, dont la plupart peuvent être utilisées pour accorder un véritable avantage à l'acheteur. Le prix n'est pas un simple chiffre (sauf dans les situations où il s'agit d'une soumission); bien qu'il puisse exister un prix fictif, il y a souvent des rabais divers, et il y a toujours maintes façons d'ajuster les termes du contrat de façon à réduire le prix réel de l'article.

Le risque de connivence sur un marché en évolution, différencié et comportant de multiples aspects, est grandement surévalué, particulièrement s'il n'y a pas de soumission. En fait, à moins qu'un producteur ne puisse conclure un

contrat ferme et exécutable avec ses concurrents, il ne peut rien contre la rivalité, si ce n'est d'essayer de faire la meilleure offre et d'avoir les prix les plus bas.

La concurrence c'est la lutte pour la meilleure offre et le prix le plus bas. Les oligopoles éliminent-ils vraiment ce processus par un parallélisme conscient? Songez à la rivalité qui existe dans la réalité, et demandez-vous si elle est plus grande dans les industries comportant de nombreuses entreprises comme dans la production du blé et des oeufs, ou dans les industries fortement concentrées comme celles des ordinateurs et des photocopieurs?

(v) Concentration et technicité

La concentration telle qu'elle est mesurée par le ministère de la Consommation et des Corporations est synonyme d'importance. En conséquence, on devrait s'attendre à une augmentation de la concentration pour augmenter la technicité, et ainsi avoir une incidence positive sur la concurrence.

Cet examen succinct du rapport entre la concurrence et la concentration est probablement suffisant pour montrer qu'il n'y a pas de raison de présumer que la concurrence augmentera avec l'accroissement du nombre des entreprises. A moins d'avoir de bonnes raisons pour affirmer le contraire, nous ne voulons pas un seul fournisseur de produits sur le marché, mais deux peuvent suffire à engendrer toute

la rivalité dont nous avons besoin, ou que nous voulons avoir. De trois à cinq peut très bien être le nombre maximal sur la plupart des marchés de fabrication. Il est cependant difficile de trouver une industrie manufacturière canadienne où nous ayons, ou voulons avoir, dix fabricants pour un seul produit servant un seul marché.

Nous pourrions très bien accueillir favorablement une augmentation du nombre des entreprises, qui pourrait passer de un à, disons, trois; mais au-delà, croire que la concurrence s'accroît au fur et à mesure que diminue la concentration ne se fonde pas sur une théorie solide ni sur une mesure empirique du rapport entre la concentration et les différentes dimensions de la concurrence.

3. Rapports entre le niveau de concentration et bénéfices

Selon la troisième des sept propositions devant traduire l'opinion du Bureau quant à la concentration, il existe dans les industries canadiennes un rapport positif entre le niveau de concentration et celui des bénéfices. C'est peut-être la plus importante de ces propositions, et la seule que le Bureau énonce laborieusement, avec preuve à l'appui. Ses fonctionnaires se figurent sans doute que si elle peut être démontrée, certaines des autres en découleront logiquement. Par exemple, si une concentration importante signifie des profits élevés, on pourrait dire que la multiplication des sociétés entraînera des profits moindres réalisés sans doute en pratiquant des prix plus bas, plutôt que des coûts plus élevés.

L'hypothèse d'un lien direct entre le niveau de concentration et celui des bénéfices étant si important selon le Bureau, nous avons ajouté en annexe une critique détaillée en sa théorie ainsi que des preuves statistiques qu'il donne. Dans un proche avenir, nous espérons publier une critique peut-être encore plus détaillée et basée sur notre propre étude statistique. Mais, pour le moment, nous ne nous bornerons pas à souligner que les données citées ne justifient pas le point de vue du Bureau. Examinons tout d'abord ce que les fonctionnaires du Bureau et du Conseil économique du Canada pensent avoir découvert. De toute évidence, ces deux organismes furent impressionnés par le fait que plusieurs statisticiens différents avaient fait une analyse simple des rapports de deux variables - soit des taux de profit et des nombres qui servent à mesurer la concentration - en trouvant, dans la plupart des cas, un rapport faible quoique positif. Sans soulever à nouveau la question de la validité des taux de concentration, nous essayerons de comprendre le raisonnement auquel a donné lieu la découverte de ce rapport statistique.

Les économistes ont emprunté à la physique la notion d'équilibre. Par exemple, tous les océans du monde tendent à se situer à un même niveau. Ils peuvent déborder légèrement, mais dans la mesure où on ne les entoure pas de barrages, leurs eaux s'écoulent du haut vers le bas, de sorte qu'il n'y a pratiquement pas d'écarts entre les niveaux des divers océans.

Les industries constituent les océans des économistes. Dans la mesure où il n'y a pas de barrières, les perspectives de profit avantageux attirent les investissements, qui à leur tour repoussent les petits bénéfices. En conséquences, les industries qui ont des profits élevés attirent d'autres ressources pour produire davantage. La concurrence fait ensuite baisser les prix, et il s'ensuit que les bénéfices atteignent leur niveau normal et que l'équilibre est rétabli. Dans des industries à petits bénéfices, c'est l'inverse qui se produit.

En effet, le Conseil économique prétend que tout comme un océan ne se maintiendra pas au-dessus du niveau d'un autre pendant un certain temps, à moins qu'on y construise un barrage, ce doit être aussi le cas pour l'industrie. Les barrières qui sont censées réaliser cet équilibre dans les industries s'avèrent être des niveaux élevés de concentration, et il faut donc conclure que ces facteurs, sans doute parce qu'ils donnent lieu à des complicités explicites ou implicites, freinent la concurrence. Telle est la teneur du point de vue du Bureau.

D'après notre analyse précédente de ce que les données sur la concentration évaluent en fait, il est évident que notre première critique des analyses du Bureau de la concurrence portera sur son interprétation des données.

Nous avons déjà souligné que les chiffres publiés sur la concentration mesurent bien davantage le volume et l'expansion que la concentration, d'après des définitions précises et étroites, et c'est ce qui nous amène à l'aspect essentiel

de cette analyse.

Le fait d'avoir un rapport positif entre les niveaux de profit et d'expansion n'ont rien d'anti-concurrentiel ni d'anti-social. Au contraire, le principe même de l'indépendance du consommateur découle justement de ce rapport. Si des consommateurs aiment un certain produit, ils y affecteront davantage de leur revenu, de leur appui financier. Les vendeurs de ce produit gagnent alors dans cette joute de popularité, et les bénéfices qu'ils en tirent sont leur récompense. Cependant, si les structures du marché fonctionnent convenablement, d'autres investisseurs seront attirés par de hauts profits, et c'est ce qui encouragera l'expansion. Des apports en capital et en ressources humaines s'engageront dans le secteur, et de cette manière les consommateurs exercent leur influence sur la production. Cela nous amène à la décision du Conseil économique du Canada et du Bureau de la politique de la concurrence à savoir que: " la capacité de maintenir des bénéfices élevés pendant une période considérable était l'indice d'un manque d'efficacité dans l'utilisation des ressources."⁶

Lorsqu'on a publié cette déclaration en 1969, elle traduisait assez bien l'opinion courante à cette époque, mais elle ne correspond plus aux faits. D'abord, le professeur Brozen⁷ a découvert que, dans les industries à forte concentration, les hauts taux de rendement ont, de fait, tendance à baisser comme le vent la théorie traditionnelle mais, même si les profits avaient tendance à se maintenir, cela prouverait-il que l'économie est mal administrée? Une telle supposition découle d'un manque de compréhension de la nature des marchés et des variables qui entrent en ligne de compte dans les rapports de concentration, tels que mesurés, et les taux de profit. Etudions d'abord la nature des marchés.

⁶ Voir page 6

⁷ Brozen, Y., "The Antitrust Task Force Deconcentration Recommendation", Journal of Law and Economics, 1970, pp 279-292).

La théorie selon laquelle les profits élevés d'une industrie doivent disparaître à court terme découle d'une idée simpliste de ce qu'est un produit, ou de ce qu'est une industrie: par exemple, elle part du principe que malgré l'usure avec le temps, une voiture demeure une voiture.

Même à un moment précis, une voiture n'est pas une voiture, et elle ne l'est certainement pas dans la suite du temps. Personne n'a inventé l'automobile. Un certain nombre de personnes ont mis des moteurs dans des voitures et ont ainsi inventé "les voitures sans attelage". Ces machines terrifiantes offraient l'aventure bien plus qu'un moyen de transport, et certains hommes se souviennent d'avoir gagné des paris en misant sur la supériorité des voitures attelées sur les voitures sans attelage. (J'ai gagné lors de la conférence contradictoire par la logique de mes arguments le tracteur ne remplacera jamais le cheval!) L'automobile a fait l'objet d'une série d'améliorations reliées qui, sur une période de 70 ans, ont amené la production de divers modèles d'autos. Pourquoi, dans ces circonstances, cette industrie ne pourrait-elle pas avoir un taux de croissance au dessus de la moyenne tant qu'elle jouit d'un taux d'investissement supérieur à la moyenne?

Les statistiques sont faussées puisque nous n'avons pas réussi à donner de définitions précises. Si nous avons bien défini les produits, les voitures sans attelage seraient restées des voitures sans attelage. Nos statistiques nous auraient alors dit que l'industrie des voitures sans attelage avait été prospère pour quelque temps avant de péricliter. Nous aurions su, par l'expérience, que son déclin était attribuable à l'augmentation de l'offre mais surtout au fait qu'une nouvelle industrie de voitures modèle T s'était créée et que cette dernière avait, à son tour, été remplacée. Cependant, pour les statisticiens à l'esprit pratique qui recueillent les données, une auto c'est ce que l'industrie de

l'automobile produit, et cette dernière comprend toute société qui produit un véhicule ressemblant à une automobile. Si cette dite "industrie" a réussi à obtenir des profits supérieurs à la moyenne pendant bon nombre d'années, cela dépend sûrement de son aptitude à produire des produits et des services nouveaux et meilleurs pendant cette période. Cette aptitude à maintenir un rythme de croissance (et donc d'augmenter la taille) et un niveau de bénéfices sur de longues périodes est un partie attribuable à l'heureux accident de se trouver dans la bonne industrie au bon moment. Henry Ford serait-il devenu si bien connu s'il avait employé son génie à faire des meubles, ou son génie lui aurait-il dit d'abandonner cette industrie parce qu'il aurait eu de la difficulté à prendre de l'expansion et à prospérer?

Dès qu'une société a pris de l'importance, grâce à sa bonne fortune ou à sa bonne gestion, elle acquiert des installations et adopte des économies d'échelle en production, en distribution, en gestion, en innovation et en prise de risques qui devraient l'aider à conserver un rendement supérieur à la moyenne. Les petites (réellement petites) sociétés à faible concentration qui produisent des oeufs, du blé ou des porcs peuvent croître avec la population, et malgré les fluctuations économiques de la production, mais ce dernier facteur découlera des efforts des autres. Normalement, les petites sociétés -- petites dans le contexte canadien du moins -- n'ont pas les ressources ni les méthodes de recherches et les capacités d'expansion leur permettant d'innover; cependant, l'innovation, dans le sens large (qui comprend le passage d'un produit à un autre, ou d'une industrie à une autre si le besoin s'en fait sentir) constitue l'élément clé de la croissance. Il n'y a rien d'anti-concurrentiel dans cet état de choses. L'innovation fructueuse devrait être récompensée tant par la croissance que par

les bénéfiques, et si les sociétés ont une série d'innovations fructueuses à leur crédit, elles ont fort probablement la combinaison d'aptitudes et de ressources dont elles ont besoin pour que leurs efforts soient couronnés de succès.

Dans l'appendice, nous avons traité plus à fond la relation qui existe entre la concentration (taille) et les primes de risque. Le processus d'investissement doit par sa nature même être axé sur les profits prévus, et non sur des profits réels; et les profits futurs devront être assez importants pour garantir un rapport suffisant de l'investissement sans risque en plus d'une prime de risque. On peut voir que la prime de risque pour les grosses sociétés sera vraisemblablement inférieure à celle des petites sociétés et, par conséquent, que les premières peuvent prendre des risques (innovation et investissements à grande échelle) que les secondes ne peuvent se permettre. Etant donné que les primes de risque font partie des profits, nous devrions nous attendre à ce que ceux des industries concentrées, avec leurs grosses sociétés, soient quelque peu plus élevés. Ces primes de risque, naturellement, ne disparaîtront pas simplement en démembrant les grosses sociétés; au contraire, elles augmenteront vraisemblablement, et les innovations et investissements comportant des risques élevés seront probablement plus coûteux que s'ils étaient faits par de petites sociétés.

Nous énonçons une vérité simple, mais profonde. Les oeufs remplissent aujourd'hui à peu près le même rôle dans l'économie qu'il y a 100 ans; la croissance de leur production a été relativement lente. Les sociétés productrices d'oeufs sont petites et ne sont généralement pas équipées pour innover. Les voitures sans chevaux, avec le modèle T, les agents de pollution consommateurs d'essence, les non-polluants conservateurs d'énergie jouent un rôle bien plus important, un

rôle de transformation. Les grandes sociétés qui ont survécu et prospéré dans cette industrie sont en mesure de continuer à innover. Faut-il réellement s'étonner que les taux de croissance, la taille et les profits de l'industrie de l'automobile dépassent ceux de l'industrie des oeufs? Tout est certainement pour le mieux et répond aux désirs des consommateurs.

De toute façon, comme le montre l'appendice, les profits supérieurs qui ont déjà correspondu à des taux de concentration supérieurs, disparaissent généralement lorsque des facteurs comme la taille, la croissance et les primes de risque entrent en considération. Tout cela signifie qu'il n'y a aucune preuve statistique cohérente démontrant que la rareté des sociétés engendre en soi des profits de monopole.

4. Les prix dans les industries fortement concentrées.

Dire que les sociétés des industries fortement concentrées imposent des prix plus élevés tient, probablement à ce qu'on croit qu'il existe une corrélation entre profits et concentration. Nous savons maintenant que cette corrélation est fausse, mais même si elle ne l'était pas, nous ne pourrions pas prétendre payer plus cher les pneus d'auto aujourd'hui que s'il existait cent sociétés dans ce secteur. Au contraire, nous pouvons être raisonnablement sûrs que si nous démembrions nos grandes sociétés, les coûts et les prix monteraient au lieu de descendre. La nécessité telle qu'elle est perçue d'une rationalisation, qui n'est qu'un autre mot pour concentration accrue, s'explique simplement par le fait que de nombreux hommes, dotés d'une expérience pratique, ont conclu que nous avons trop de sociétés de taille insuffisante dans de nombreuses industries, et par conséquent que nos prix étaient trop élevés pour leur permettre d'être concurrentielles sur les marchés mondiaux.

L'opinion très répandue selon laquelle l'industrie canadienne a besoin d'être rationalisée contredit le Bureau qui soutient que la concentration fait monter les prix. De toute façon, lorsqu'on constate qu'il n'y a aucune relation positive entre la concentration proprement dite et les profits, la thèse selon laquelle une concentration inférieure fait baisser les prix s'écroule.

5. L'accroissement de concentration limite le choix

Le Bureau soutient qu'une forte concentration limite le choix. Ainsi, on peut présumer que parce que les quatre principales sociétés automobiles du Canada revendent 93.9% de la "valeur totale des expéditions d'automobiles à partir des usines" (chiffre à ne pas confondre avec celui des ventes qui inclut les importations), les consommateurs ont moins de choix que lorsqu'ils achètent divers produits du cuir, alors que les quatre principales entreprises dans ce domaine ne revendent que 20.69⁸% de la production, ou lorsqu'ils achètent des oeufs, produit pour lequel les quatre principaux fournisseurs du pays représentent probablement moins de 1% de la production. En pratique, toutefois, une telle façon de calculer est trompeuse. Très peu de changements sont survenus dans les produits des oeufs au cours des années, et tant que les oeufs resteront des oeufs, le nombre des producteurs sera très peu révélateur de l'élargissement de notre choix à un moment donné, ou en tout temps.

Pour ce qui est des divers produits du cuir, nous n'achetons pas de produits qui portent cette appellation; nous achetons des signets en cuir, des porte-clés en cuir, des porte-crayons en cuir ou des ensembles à bureau en cuir et pour n'importe quel produit fabriqué à partir de ce matériau, nous doutons que le choix

⁸ Ministère de la Consommation et des Corporations, Concentration dans les industries manufacturières du Canada (Ottawa, Information Canada, 1971) tableau A-1.

soit aussi vaste, à un moment précis ou de façon générale, que celui que nous offre l'industrie fortement concentrée de l'automobile.

On peut soutenir que le choix réel se diversifie, et ne devient pas plus restreint, à mesure que la concentration devient plus forte, au moins si l'on se reporte aux statistiques sur la concentration fournies par le Bureau de la politique de concurrence.

6. La concentration nuit à l'innovation

L'hypothèse selon laquelle la Northern Electric, IBM, Xerox, Texas Instruments et Bell Canada, entreprises dominantes sur des marchés fortement concentrés, innoveraient moins que des sociétés d'industries produisant des oeufs ou divers produits en cuir, nous surprend tellement que nous pouvons peut-être mettre cette hypothèse de côté jusqu'à ce qu'on nous fournisse des renseignements ou même une seule raison valable nous permettant de croire que tel peut-être le cas.

7. La concentration entraîne une mauvaise répartition des ressources

L'accusation selon laquelle les entreprises constituant des monopoles (soit des entreprises dont les relations entre les prix de vente ne sont pas parfaitement élastiques) distribuent mal les ressources alors que les autres entreprises soutiennent une concurrence parfaite, n'est intéressante que dans le cadre d'un cours d'histoire de la pensée économique. De toute façon, si l'on attachait de l'importance à cette théorie et si l'on tentait de trouver le moyen de répartir adéquatement les ressources dans une situation idéale, on ne tendrait pas vers une concurrence parfaite mais vers une situation de monopole uniforme. Par

comparaison avec la notion de concentration, on ne viserait pas à éliminer complètement la concentration, pas plus que l'on ne tendrait vers une concurrence parfaite; on tâcherait plutôt d'obtenir un degré uniforme de concentration.

Si l'on s'en remettait à cette théorie, il faudrait tenter d'encourager une concentration plus forte lorsque les entreprises sont trop nombreuses, et une plus faible concentration lorsqu'elles sont trop peu nombreuses. Evidemment, la théorie ne nous donne pas la définition de "trop nombreuses" ou de "trop peu nombreuses". Toutefois, il semble que si nous pouvions évaluer de façon précise notre choix, nous constaterions que le nombre idéal de fabricants d'un produit précis sur un marché canadien défini avec soin se situerait entre deux et cinq.

Un nombre trop restreint ou trop élevé d'entreprises ne constitue pas le seul facteur responsable de la mauvaise répartition ou du gaspillage des ressources. Le danger qui nous menace dans l'immédiat ne découle probablement pas du fait que trop d'entreprises fabriquent des lave-vaisselle ni que trop peu de sociétés produisent des oeufs; ce genre de facteur n'est lié qu'au problème théorique de la mauvaise répartition des ressources. Nous risquons plutôt d'avoir un nombre trop restreint de producteurs d'oeufs ou de lave-vaisselle et trop de fonctionnaires appliquant des règlements inutiles, procédant à un trop grand nombre d'enquêtes et forçant les industries à détourner un trop grand nombre d'employés de la production et de la création de biens pour leur faire remplir des formulaires en trois exemplaires.

Si le présent projet de loi est adopté sans qu'on y apporte des modifications importantes, la bureaucratie inutile qui en découlera à la fois au gouvernement et dans l'industrie semble sans limite. Voilà un exemple de très mauvaise répartition des ressources.

REPARTITION DES AVANTAGES ECONOMIQUES - UNE AUTRE EPREUVE

Au début du présent mémoire, nous avons étudié certains des énoncés du Bureau de la politique de concurrence, portant surtout sur la concentration ou les oligopoles. Tant à première vue qu'après étude approfondie, nous avons constaté que ces opinions pouvaient fortement être mises en doute.

Il existe toutefois une autre façon de mettre ces théories à l'épreuve. Si nous avons raison de croire que la plupart des entreprises fonctionnent en fait à l'intérieur d'oligopoles et si les structuralistes voient juste en soutenant que les sociétés qui appartiennent à des oligopoles n'ont habituellement pas à craindre les inconvénients de la concurrence, ces faits devraient avoir une certaine influence sur la façon dont les avantages économiques sont répartis.

En matière de négociations, la position des hommes d'affaires par rapport au reste de la collectivité devrait être très solide. Sans être gêné par la concurrence, les dirigeants ou actionnaires d'entreprises devraient pouvoir exploiter à leur guise les ouvriers et les consommateurs, et s'approprier une part plus importante encore des biens économiques. Les riches et les puissants, (c'est-à-dire les dirigeants ou actionnaires d'entreprises) devraient être de plus en plus pauvres.

Les structuralistes ont-ils raison? La répartition des biens économiques signifie-t-elle que la puissance des oligopoles devraient être freinée? Penchons-nous sur quelques-uns des faits pertinents.

- Le taux réel de profit réalisé par les actionnaires (c'est-à-dire les gains de capital, plus les dividendes, moins les pertes de capital après

déflation due à l'augmentation des prix à la consommation) a eu tendance à baisser depuis 25 ans. Quiconque a investi à la bourse, au cours de cette période, le reconnaîtra facilement.

- Les profits, déflatés en raison de l'inflation, ont eu tendance à baisser par rapport au montant investi.
- Au moins depuis la Seconde Guerre mondiale, et probablement depuis plus longtemps encore, le revenu réel, après impôt, des dirigeants d'entreprises a diminué en termes absolus, et cette baisse a été particulièrement dramatique, si on la considère par rapport au revenu réel, après impôt payé, des travailleurs.
- Le revenu réel des travailleurs, par heure travaillé, eu fortement tendance à grimper, surtout si l'on tient compte des avantages sociaux et de l'évolution, quant à l'âge et au sexe, de la composition des effectifs de la main-d'oeuvre.
- Les consommateurs, malgré toutes les protestations des groupes activistes, n'ont jamais été aussi bien traités. Dans le cas de presque tous les produits, le coût réel, par rapport au temps travaillé, c'est-à-dire le nombre de minutes qu'un ouvrier moyen doit travailler pour se procurer un article donné, a diminué constamment au fil des années.
- Malgré la confusion causée par la publication par Statistique Canada de certains chiffres plutôt insignifiants concernant le revenu annuel, chiffres qui sont faussés en raison de l'évolution, au fil des années, du rapport entre l'âge et le revenu, et de la répartition selon l'âge, il semble maintenant que, au chapitre du revenu au cours de la vie entière, les pauvres soient en voie de devenir plus riches et les riches plus pauvres⁹.

⁹ Armstrong, D.E. et associés "The Measurement of Income Distribution in Canada", Canadian Public Policy, sur le point de paraître.

Ces constatations illustrent bien que les monopoles ou oligopoles dans le domaine des affaires ne constituent pas une menace sérieuse.

REMARQUES EN GUISE DE CONCLUSION, ET RECOMMANDATIONS

La caractéristique dominante de ce projet de loi c'est qu'il constitue une nouvelle intrusion massive du gouvernement dans le secteur privé. Le texte bill C-42 est presque deux fois plus long que celui de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. S'il était adopté sans amendements, nous aurions besoin de trois ou quatre fois plus d'avocats, d'économistes et de fonctionnaires. Le Bureau de la politique de concurrence propose de retenir de fait tous ses pouvoirs réels et, en plus, il a inclus à son mandat de nouveaux domaines d'une grande envergure dans lesquels il aura le droit d'intervenir d'une façon ou d'une autre.

Les membres du Comité doivent se demander si le bill correspond de façon réaliste à la réalité canadienne d'aujourd'hui. Si le pourcentage des crimes augmente, peut-être devrions-nous disposer de plus de policiers. Si, pour utiliser l'exemple de Parkinson, il y a plus de navires dans la Marine royale, alors peut-être devrait-il y avoir plus de fonctionnaires dans les services de l'Amirauté à Whitehall. Mais si les marges de profit sont faibles et en baisse et ne semblent avoir aucun rapport avec le niveau de concentration, si la concurrence interindustrielle s'accroît manifestement, le bill ne commence-t-il pas alors à ressembler à un exemple classique d'application de la Loi de Parkinson; et ça expliquerait peut-être comment en quelque dix ans, la part de la dépense nationale brute imputable à l'ensemble des paliers de gouvernement est passée de moins de 30% à plus de 40%.

Nous vous recommandons fortement en tant que membres du Comité de ne pas oublier M. Parkinson et de supprimer du bill toutes les questions au sujet desquelles

vous avez des doutes raisonnables. Les articles les plus importants qu'il convient de retirer du bill sont ceux qui concernent le monopole et le monopole conjoint. C'est aller à l'encontre de la signification communément acceptée du mot que de se faire dire que "monopole" peut s'appliquer "à une ou plusieurs personnes contrôlant moins de 50% de la catégorie ou de l'espèce d'entreprises où elles exercent leur activité". (p. 190) C'est presque comme si on laissait les demandeurs gagner toutes les causes qui se présenteront, puisqu'il suffisait de déclarer toutes les autres entreprises monopolisatrices en vertu de la loi. Toute entreprise qui soutient intensément la concurrence sur le marché canadien pourrait se trouver menacée d'être considérée comme un monopole.

Le monopole conjoint finit simplement par équivaloir ni plus ni moins qu'à l'appartenance à un oligopole qui produit un bien ou un service raisonnable homogène. A l'article 31.73, le Bureau a tendu un filet dont il pourrait se servir pour attraper pratiquement tous les hommes d'affaires au Canada, petits et gros. Ces articles devraient être abrogés.

Un autre article qui trahit la tendance anti-rationaliste du Bureau de la politique de concurrence est celui qui concerne le traitement proposé réservé aux fusions. Le présent comité devrait au moins relever la limite au dessous de laquelle les fusions ne seraient pas soumises à l'approbation à 40% et l'on devrait prévoir des dispositions pour l'exemption préalable.

Les fusions et l'implication que le jugement du Bureau de la concurrence est supérieur à celui de l'Agence d'examen de l'investissement étranger sur ces questions nous amènent à une autre question que le présent Comité doit étudier très soigneusement: il s'agit du désir apparent du Bureau de concentrer le pouvoir dans ses

propres mains. Il n'est absolument pas évident que la loi sur la concurrence devrait primer sur toutes les autres. Les points de vue du Bureau en ce qui concerne la concentration, c'est-à-dire sur l'oligopole et la rationalisation, ont été clairement définis. Si l'on accorde autant de pouvoir à des fonctionnaires qui ont de tels points de vue sur la structure industrielle, nous pourrions facilement nous trouver coincés par une stratégie industrielle fondée sur la promotion des petites entreprises et des règlements néo-mercantilistes; or une telle politique serait peut-être tout à fait à l'opposé des besoins actuels du Canada. D'un point de vue pratique, si nous désirons la rationalisation, il serait préférable de nous en remettre au ministère de l'Industrie et du Commerce plutôt qu'au ministère de la Consommation et des Corporations en ce qui concerne son administration, car le premier ministère dispose de spécialistes qui s'y connaissent dans le domaine de la concurrence dans le monde réel.

L'idée d'avoir un préambule est bonne et il est opportun d'expliquer aux futurs procureurs et juges l'objet de la loi ainsi que les cadres philosophique et économique dans lesquels elle devrait être appliquée et interprétée. Par exemple, on ne devrait encourager aucun tribunal à juger la concurrence sans avoir étudié toute la signification et les implications de la nature multidimensionnelle des produits et de la nature multidimensionnelle des méthodes concurrentielles. On ne devrait pas permettre à un tribunal ou une agence de ne pas tenir compte des réalités de la concurrence interindustrielle et de faire croire, par exemple, que les allumettes de bois ne font pas concurrence aux allumettes de carton. Aucun groupe chargé de l'application de cette loi ne devrait être encouragé à croire que la concurrence est le seul aspect de la vie économique qui a de l'importance.

Le préambule serait plus précis et plus utile si l'on y apportait les modifications suivantes:

1. page 135, lignes 34-35

Puisque le Bureau n'a rien contre la concentration, les mots "la concentration inutile et" devraient être supprimés.

2. page 135, ligne 40

Il est faux de dire, étant donné le point de vue du Bureau sur l'état actuel des connaissances, que "pour assurer le bon fonctionnement d'une telle économie de marché, les pouvoirs publics doivent reconnaître et encourager le rôle de la concurrence". Si nous arrivions à mieux comprendre la signification de la concurrence, la déclaration serait moins dangereuse, mais tant que certains croiront que la rationalisation (concentration plus forte" est anti-concurrentielle, le verbe "doivent" devrait être supprimé.

3. page 135, ligne 48.

Après "en adoptant des lois générales applicables à tout le pays d'une manière cohérente et uniforme" il faudrait ajouter une disposition comme celle-ci: "et en tenant compte de la nature multidimensionnelle des produits et de la concurrence, du rôle important des importations, de l'arrivée possible de nouvelles entreprises, de l'existence de la rivalité inter-industrielle et de l'importance primordiale du rendement.

CETTE ANNEXE DEVRAIT ÊTRE JOINTE AU MÉMOIRE

PRÉSENTÉ PAR

MM. D.E. ARMSTRONG, M.G. ARMSTRONG,

PETER FRIESEN ET DANNY MILLER

ANNEXE

PROFITS ET CONCENTRATION

UNE ANALYSE DES RELATIONS THÉORIQUES ET

DES PREUVES EMPIRIQUES

THÈSE SOUS-JACENTE

Traditionnellement, les économistes se sont empressés de souligner les conséquences néfastes des oligopoles et des monopoles. Ces marchés imparfaits sont censés engendrer des profits "excessifs", une production restreinte et une mauvaise distribution des ressources économiques. Un critère qui est fréquemment utilisé pour décrire la structure d'un marché est le coefficient de concentration, c'est-à-dire le pourcentage des envois totaux de l'industrie imputables à quelques sociétés importantes dont le nombre est habituellement de 4 ou 8. On estime que la concentration facilite la collusion dans l'établissement des prix et des niveaux de production et que ces pratiques permettent, aux sociétés dans des industries concentrées, de réaliser des marges de profits plus grandes et des bénéfices plus importants sur les capitaux et les investissements consentis que les sociétés dans les industries moins concentrées.

Selon Harold Demsetz (1972):

"La doctrine contemporaine dans ce secteur se fonde sur une relation étroite entre la structure de l'industrie et l'intensité de la concurrence. Plus la structure est concentrée, plus les activités de l'industrie se rapprochent du monopole." p. 71.

Pour sa part, J. Weston (1972) affirme:

"L'opposition manifestée contre la concentration se fonde essentiellement sur une approche structurelle à l'étude économique de l'industrie où un degré élevé de concentration ou l'oligopole correspond à la collusion et au monopole partagé. On soutient que bien qu'il existe une certaine concurrence entre les oligopoles, la conscience de

l'interdépendance de leurs activités mènent à une
collusion ouverte ou spontanée." p. 225

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, les représentants du Bureau de la politique de la concurrence croient fermement que la concentration empêche ou réduit la concurrence. Comme le souligne le témoignage de M. Robert J. Bertrand devant la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés, ils interprètent leur mandat comme étant, en partie, "d'empêcher la croissance de la concentration dans les industries canadiennes". (ci-dessus page 5).

La position du Bureau et de d'autres organismes se fonde essentiellement sur des preuves empiriques établissant une corrélation entre la concentration et les taux de profit.

La question est de savoir si les preuves sur la concentration et les profits justifient la position adoptée par le Bureau et les structuralistes. La présente annexe vise à démontrer qu'il doit exister une certaine relation entre les profits et la concentration même dans une économie très concurrentielle. Nous ne devrions nous inquiéter de ce problème seulement si la corrélation est plus grande et qu'elle ne s'explique que par d'autres facteurs que ceux que nous allons vous exposer: ce n'est que dans ce cas qu'on peut affirmer qu'une certaine partie des profits au-dessus de la moyenne sont dus à des pratiques anti-concurrentielles. Cette annexe contient également un résumé des études sur la concentration et les profits et démontre que ces résultats se remarquent dans une économie qui fonctionne de façon normale et où la concurrence est saine. Il n'y a nul besoin d'avoir recours à des thèses sur les monopoles ou les pratiques de collusion pour expliquer les résultats de ces études.

La première partie de l'annexe contient une étude de la relation possible entre la concentration et les profits basée sur les données que nous fournit le "monde réel".

En ajustant la théorie économique aux résultats de l'observation du comportement économique normal des sociétés, nous pouvons élaborer un modèle nous permettant de prévoir la relation qui devrait exister entre les profits et la concentration. Nous soulignons particulièrement le rôle potentiel joué par l'interaction entre les économies d'échelles (particulièrement en ce qui a trait à la gestion du risque); l'innovation au niveau du produit, et la grosseur pour ce qui est de l'établissement d'une relation positive entre les profits et le coefficient de concentration. On a allégué que les grandes entreprises, qui ont tendance bien sûr à se retrouver dans les industries concentrées, ont plus de chance d'être efficaces. Par exemple, elles exigent des primes de risque moins élevées que les entreprises plus petites pour les projets nécessitant un apport important de capital. Étant donné que ceci leur permet de fournir des services à un prix moindre que les petites entreprises, elles semblent faire un profit au dessus de la moyenne en raison des écarts naturels dans les investissements et l'absence d'entreprises encore plus grandes qui pourraient offrir les mêmes services à un prix encore plus bas. Les grandes entreprises pourraient être devancées par les petites entreprises seulement si les primes risque augmentaient. Dans ces conditions, le consommateur est perdant puisqu'il doit payer des coûts plus élevés. Ceci est une raison expliquant l'existence d'une certaine relation positive entre les coefficients de concentration et les profits (CC-P). L'association entre l'importance de l'entreprise et le succès du processus d'innovation constitue une autre justification. Le rôle de la grosseur de l'entreprise dans le processus d'innovation et d'imitation est assez subtil. Les innovateurs font des profits plus élevés plus il s'écoule de temps entre la mise sur le marché d'un nouveau produit ou d'un nouveau processus et son imitation par un concurrent. Le délai peut augmenter en raison de la complexité du produit, de la différenciation du produit, de la courte durée de vie du produit et de l'importance du risque

au niveau de l'investissement. Le coût élevé de l'imitation contribue également à empêcher la production des produits semblables.

Ces facteurs ont tendance à être plus marqués dans les oligopoles constitués d'entreprises importantes que dans d'autres marchés et ceci explique également une relation positive CC-P, une relation qui pourrait disparaître si l'on devait tenir compte de d'autres facteurs.

La deuxième partie principale de la présente annexe démontre que les données empiriques confirment la plupart des prévisions formulées a priori dans la première partie. Il semble qu'il existe une relation positive entre les coefficients de concentration et les profits. Cependant, lorsque les chercheurs cherchent à établir l'influence de la différenciation du produit, des dépenses d'innovation, de la grosseur, de la croissance, des économies d'échelles, et des barrières à l'entrée de nouveaux produits en utilisant des techniques de régression multiple complexes, la relation CC-P perd généralement de son importance statistique et disparaît souvent.

LA RELATION PRÉVUE ENTRE LA CONCENTRATION ET LES PROFITS DANS UNE ÉCONOMIE CONCURRENTIELLE

Dans le modèle économique traditionnel de l'activité commerciale, aucune industrie ne peut faire des profits au-dessus de la moyenne tant que les entreprises dans une industrie ne se regroupent pas. La raison en est que d'autres entreprises mettent en commun le capital qu'elles cherchent toujours à investir à des taux de rendement supérieur. En conséquence, elles investiront leur capital dans des installations pour desservir les clients de toute industrie hautement rentable. Ceci augmentera l'offre du produit et diminuera les profits dans l'industrie jusqu'à ce que sa rentabilité se normalise. La même

affirmation devrait s'appliquer à toutes les industries où les barrières à l'entrée de d'autres produits sont élevées aussi longtemps qu'il existe quelques entreprises dans ce secteur. Encore une fois, la raison est que chaque entreprise est encouragée à augmenter sa production lorsque la rentabilité de l'industrie est plus élevée.

Bien que nous reconnaissons que les entreprises d'une véritable économie prennent des décisions dans un climat d'incertitude, le principe susmentionné doit être réaffirmé en termes de bénéfices prévus plutôt qu'obtenus. On procédera à des investissements seulement si les bénéfices prévus sont normaux. De plus, nous devons reconnaître qu'investir dans l'avenir comporte un risque, et que chaque entreprise aura une prime de risque (pouvant être nulle) qui devra être couverte avant d'investir. Dans un tel cas, les entreprises ne jugeraient les bénéfices comme une incitation à l'action que lorsqu'ils seraient assez élevés pour couvrir la prime de risque.

Les primes de risque ne seront pas importantes dans des situations où les risques de perte d'une entreprise sont faibles en comparaison avec la masse de capitaux dont elle dispose. Ainsi, une petite entreprise n'ayant que peu de capitaux sera plus hésitante devant les risques d'investissement dans une industrie donnée qu'une grande entreprise. Elle sera en outre défavorisée sur le plan de la concurrence par rapport aux entreprises suffisamment importantes pour ne pas se laisser dissuader par les risques de cette industrie. Les grandes entreprises se lanceront dans l'industrie jusqu'à ce que la prime de risque disparaisse. Mais s'il n'y a pas de nouveaux venus plus importants en vue, la prime de risque demeurera.

Nous pouvons en déduire que les primes de risque se retrouveront vraisemblablement surtout dans les industries pour lesquelles l'échelle de rentabilité minimale est si élevée que seul un nombre limité d'entreprises peut l'atteindre. Ces entreprises sont également très concentrées en général (Weston et Ornstein, 1973, p.8). Comme les études empiriques mesurent la lucrativité comme un rendement de participation ou une marge bénéficiaire, on montrera l'existence d'une prime de risque comme une rentabilité supérieure. Ainsi, dans ces études, on devrait s'attendre à ce que les industries les plus fortement concentrées aient vraisemblablement des bénéfices supérieurs (Qualls, 1973-1974, p. 604, tableau V; Rhoades et Cleaver, 1973-1974, tableau II). Dans la mesure où les bénéfices supplémentaires sont imputables à une prime de risque, on ne peut les supprimer en divisant les grandes entreprises. Les petites entreprises seront moins aptes à prendre des risques et exigeront une prime de risque plus importante. La solution serait des entreprises plus importantes et éventuellement plus diversifiées pour relever le défi et réduire les bénéfices et les prix.

Les industries fortement concentrées ne se composent pas toutes de grandes entreprises à forts investissements; elles peuvent comporter des entreprises ayant une échelle de rentabilité minimale qui ne suffit pas à justifier une prime de risque. Par conséquent, les primes de risque devraient avoir pour effet d'entraîner simplement un faible rapport entre les bénéfices et la concentration.

La prime de risque d'une industrie sera de plus en plus fonction de la variabilité des bénéfices des entreprises. On devinera que la prime de risque dépasserait rarement 1 à 1½% des bénéfices. Si nous devons analyser les causes d'une forte variabilité des bénéfices dans chaque industrie, nous aurions une bonne idée des facteurs devant vraisemblablement être liés aux primes de risque. L'une de ces sources de la variabilité des bénéfices est est décrite ci-dessous.

Considérez, par exemple, une industrie pour laquelle accroître sa capacité est très coûteux en comparaison de la marge bénéficiaire qu'elle en retire. Une telle industrie modifiera sa capacité relativement peu souvent, et procèdera à un accroissement suffisant pour porter les bénéfices prévus au niveau qui couvre simplement la prime de risque.

Cependant, tout accroissement de capacité est déterminé en fonction de la demande probable des quelques années à venir plutôt que de la demande connue. Il s'ensuit que si les frais d'administration de la capacité sont élevés en comparaison de son rendement, le niveau de capacité nécessaire pour obtenir les bénéfices prévus habituels sera bien au-dessous de la capacité nécessaire pour répondre à la demande prévue. (Car ici, le profit est une fonction non linéaire de la demande mais le profit escompté n'est pas lié de façon aussi simple à la demande prévue). Dans ce cas, la probabilité que la demande soit supérieure à la capacité, et que, par conséquent, les prix augmentent sera supérieure à 50%. En effet, on considère que dans l'industrie, la croissance de la demande se fait au hasard; de plus, le coût de la capacité est assez élevé pour que la décision optimale prévoit moins que le niveau moyen de capacité. (C'est une variante du "Newsboy Problem", qui est un thème classique de recherche opérationnelle).

Si après avoir procédé à un accroissement de la capacité, la demande se révèle supérieure aux probabilités, tout le cycle décisionnel de capacité repart à zéro. Cela ne veut pas dire que les entreprises de ce secteur réaugmenteront aussitôt leur capacité. Si la demande n'est pas élastique, la capacité nécessaire pour diminuer les bénéfices escomptés peut être inférieure au plus faible accroissement auquel on peut économiquement procéder. Les gestionnaires de l'industrie ne jugeront évidemment pas qu'il s'agit d'un problème de "non-élasticité de la demande", mais ils se rendront compte dans quelle mesure la capacité "doit" être augmentée. Si c'est dans une proportion

moindre que l'accroissement économique minimal, ils laisseront leur lucrativité augmenter jusqu'à ce que la demande supplémentaire puisse assurer l'accroissement de capacité nécessaire pour y répondre.

Il faudra du temps à une entreprise pour recueillir et analyser les données pertinentes et déterminer s'il y a lieu d'accroître de nouveau sa capacité. Et même si cet accroissement se révèle justifié, il faudra encore du temps avant qu'il ne soit ordonné, qu'il ne passe par l'élément qui assure la capacité et qu'il ne soit véritablement appliqué. Dans ce long intervalle, les bénéfices supérieurs dus à une "erreur" de décision sur la capacité en subiront les conséquences, et ces "erreurs" se retrouveront dans plus de 50% des décisions visant l'augmentation de la capacité.

Au moment de prendre la décision sur la capacité, le gestionnaire aura prévu tout cela comme résultat possible; par conséquent, la décision, en moyenne, couvrera simplement la prime de risque. En contrepartie du résultat rentable que nous avons décrit, il y a un résultat non-rentable qui réduit les bénéfices moyens. Cependant, la description du résultat rentable nous donne une idée de la variabilité de résultats possibles et, par conséquent, de certaines causes fondamentales de la prime de risque.

On peut s'attendre à ce que ce type de prime de risque soit plus important dans les industries à forte concentration de capitaux, de sorte qu'il y aura un long délai d'accroissement de la capacité. La prime sera aussi vraisemblablement plus importante dans les industries ayant de grosses usines. Une vaste échelle économique minimale est à tout le moins nécessaire; cependant, elle n'est pas suffisante pour un important accroissement de la capacité minimale auquel il serait rentable de procéder. Autrement dit, des industries ayant de grosses usines pourront ajouter de faibles fractions de cette capacité de façon rentable tandis que d'autres connaîtront des coûts d'accroissement de capacité tels qu'ils devront être appliqués à de forts accroissements de cette même capacité.

Finalement, les industries dont la proportion des ventes par rapport aux capitaux est faible auront davantage tendance à augmenter modérément leur capacité.

Des études empiriques pourraient corriger l'effet des primes de risque sur la rentabilité en incluant dans l'équation de régression relative aux bénéfices la variabilité des bénéfices des entreprises de l'industrie comme une variable indépendante. Sinon, l'influence de la prime de risque se fera sentir sur les facteurs fondamentaux que sont la proportion du capital et de la main-d'oeuvre, l'échelle de rentabilité minimale, la proportion du capital et de la production, et la variabilité du taux de croissance. Cependant, on a constaté que ce sont là certains des facteurs qui conduisent à une forte concentration (Ornstein, Weston, Intriligator, 1972-1973). Des études qui contrôleraient soigneusement ces facteurs indépendants n'arriveraient peut-être pas à déterminer le rapport entre la rentabilité et la concentration.

Les premiers économistes ont développé pour expliquer certains des effets de la concurrence, l'argument traditionnel selon lequel les industries concurrentielles n'auraient que des bénéfices normaux. Nous avons dû modifier cet argument pour tenir compte de la réticence des entreprises à prendre des risques vu le facteur incertitude. Nous introduisons maintenant une autre modification nécessaire pour examiner les effets de l'innovation et de l'imitation de produits et de services par les entreprises.

Dans l'analyse traditionnelle, l'industrie est formée d'un groupe d'entreprises produisant un ensemble de produits semblables que les clients connaissent parfaitement bien. Les clients sont pleinement conscients des avantages et des désavantages de chaque produit. Ils connaissent le produit le plus approprié aux fins qu'ils visent.

En fait, les consommateurs et les entreprises d'un secteur industriel sont touchés non seulement par les produits qui sont fabriqués, mais également par un nombre infini de produits qui pourraient être fabriqués par les entreprises de ce secteur. Les méthodes de production de ces produits possibles peuvent être assez semblables à celles des produits, mais leur emploi, très différent. Une entreprise qui n'est pas à l'écoute du consommateur risque de ne pas tenir compte de ces données, quelquefois même, à son propre péril. Par exemple, en 1960, en Angleterre la Smith Potato Crisps Ltd. n'a pas tenu compte du fait que le produit qu'elle fabriquait, les croustilles vendues dans les tavernes, n'était pas exactement semblable au produit qui aurait pu être vendu dans les magasins d'alimentation. Cela a donné l'occasion à un concurrent auparavant inoffensif de mettre au point un nouveau produit (croustilles vendues dans les magasins d'alimentation); ainsi ce dernier est devenu un concurrent important et dangereux (Bevan, 1974). Etant donné les succès de vente énormes que connaissent des produits qui ne diffèrent parfois que très peu de leurs prédécesseurs, un homme d'affaires astucieux peut réussir à définir un produit en fonction de toutes les caractéristiques qui influent sur les habitudes d'achat du consommateur. Tout changement dans ces caractéristiques risque d'avoir des répercussions sur les ventes du produit et d'en faire ainsi un produit nouveau. L'homme d'affaires aura de la difficulté à choisir parmi les différences caractérielles précises qui permettent d'identifier le produit, celles qu'il devra ajouter à sa série de produits. Les produits éventuels d'un secteur industriel sont importants parce que l'un d'entre eux pourrait s'avérer supérieur aux produits actuellement commercialisés. Si une entreprise en commence la production, tous les consommateurs peuvent décider d'adopter le nouveau produit; ce serait un bienfait pour les consommateurs et l'entreprise innovatrice, mais un malheur pour les autres entreprises fabriquant le même genre de produits.

Lorsqu'une entreprise met sur le marché un nouveau produit, ce dernier fait l'objet d'un privilège de monopole aussi longtemps que ces concurrents ne décident pas de fabriquer un produit semblable; pendant ce temps, l'entreprise en cause peut faire des profits bien au-dessus de la normale. Si le produit est supérieur, les concurrents de l'entreprise vont essayer d'en fabriquer un semblable aussitôt que possible. Si de nouveaux consommateurs sont attirés par le nouveau produit, les concurrents risquent même ne pas s'en rendre compte (Bevan, 1974). Si le nouveau produit est un substitut de certains autres produits et n'est supérieur qu'aux yeux de quelques consommateurs, il faudra attendre quelque temps avant qu'un concurrent ne mette en marché un produit semblable; le délai varie entre les deux extrêmes mentionnées précédemment.

Lorsque les concurrents sont parvenus à imiter le nouveau produit, il se peut que la firme innovatrice soit déjà prête à lancer un autre produit révolutionnaire. Dans ce cas, elle va continuer d'avoir un haut taux de rentabilité parce qu'elle va pouvoir recueillir des profits supplémentaires par la vente du nouveau produit qu'elle a ajouté à sa liste.

Evidemment la mise au point de nouveaux produits peut être plus coûteuse dans certains secteurs industriels que dans d'autres. De plus, un nouveau produit ne connaît pas toujours le succès; il y a de grands risques que les coûts d'investissement ne soient pas récupérés. Comme nous l'avons vu lors de la discussion sur les primes de risques, les entreprises qui sont assez importantes pour ne pas avoir besoin de percevoir une prime de risque pour la mise en marché d'un produit nouveau ont l'avantage sur leurs concurrents qui doivent le faire. Ainsi, les entreprises auront tendance à être plus importantes dans les secteurs industriels où les innovations sont fréquentes et risquées. De toute façon, cette tendance n'est peut-être pas aussi marquée dans le cas des risques d'innovation, que dans celui des risques lorsqu'il s'agit d'investissements habituels, dont nous avons fait état auparavant.

Cela provient du fait qu'une petite entreprise peut être capable de mettre au point une technique d'innovation supérieure, ce qui lui permet de compenser pour sa vulnérabilité face aux risques inhérents à ce secteur industriel. Cependant, les processus d'innovation sont en eux-mêmes très souvent dépendants de l'échelle, si bien que ces petites entreprises ne peuvent pas toujours remplacer leurs méthodes ingénieuses pour lancer leur production sur une grande échelle.

Dans un secteur industriel où il y a de nombreux produits, il n'est pas inhabituel de voir que seulement 20 p.100 des produits rapportent 80 p.100 des ventes et des profits. Le problème vient du fait que les produits faisant partie de ce 20 p.100 sont toujours sujets à changements. Avec le temps, une entreprise spécialement orientée vers les techniques innovatrices peut réussir à faire classer ses nouveaux produits plus souvent que ses concurrents dans cette catégorie de produits rentables. C'est ce qui fait qu'une entreprise connaissant du succès va prospérer plus rapidement que le secteur industriel et qu'elle va s'arroger une portion de plus en plus importante des ventes de ce secteur. Cela évidemment constitue une menace pour les concurrents qui ne peuvent survivre qu'en imitant les techniques innovatrices des firmes en expansion. Lorsqu'une entreprise est en constante croissance, cela peut trahir le fait que ses concurrents n'ont pas réussi à imiter l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise qui a réussi. Ni la concurrence, ni le bien-être des consommateurs ne se retrouveront en meilleure position si l'on supprime le potentiel innovateur capable de la réussite, si l'on surtaxe les profits provenant des nouvelles innovations si l'on démantèle les entreprises qui ont du succès.

Comme nous l'avons avancé auparavant, l'accroissement des profits de la firme innovatrice est compensé par le fait que la concurrence imite les produits nouveaux. Cependant, les profits de la société innovatrice sont directement proportionnels à la durée de la période de monopole qui précède le lancement par les "imitateurs" d'un produit semblable. Quelles genres de situations vont provoquer ce

genre de retard? D'abord, les concurrents doivent avoir pris conscience qu'il existe une possibilité d'imitation. Puis, le fabricant qui veut copier le produit doit également évaluer la durée de vie du produit en question. Dans les industries où les produits deviennent très rapidement "désuets", le temps consacré à la fabrication d'un produit empiète trop sur sa période de rentabilité et il est impossible de récupérer les coûts de production du produit imité. Dans ce cas, les entreprises vont plutôt mettre sur le marché de nouveaux produits plutôt que d'imiter les autres.

Les profits provenant d'un produit qu'on copie doivent être assez importants pour justifier les coûts de l'imitation et l'investissement. Plus les coûts et les investissements sont élevés, plus il faudra étudier longtemps et soigneusement la situation avant de décider de fabriquer une imitation du produit original. Les profits excédentaires, par rapport à la normale, que retire un innovateur peuvent durer aussi longtemps que le produit, en autant que les profits ne sont pas assez élevés pour justifier l'introduction d'un produit semblable par des concurrents. Même si l'imitation peut se faire, des coûts de mise au point et d'investissement très élevés entraînent l'extension de la période de mise au point, et retardent d'autant l'entrée sur le marché du produit.

Si un produit est compliqué ou s'il est vendu à de nouveaux consommateurs du secteur industriel en cause, les consommateurs ne seront pas capables d'évaluer rapidement le produit. Dans ce cas, la constitution d'une nouvelle clientèle pour le nouveau produit se fera lentement. Encore une fois, il faudra que les profits provenant de l'innovation soit assez élevés pour intéresser les imitateurs.

De toutes les discussions engendrées jusqu'à maintenant, on peut tirer plusieurs raisons communes qui peuvent justifier les profits importants découlant des produits innovateurs et les taux élevés de concentration. Il vont amener un amoindrissement de l'importance du rapport profits-concentration.

Lorsque les risques de l'innovation sont très élevés, une fraction importante du capital d'une entreprise qui réussit va rapporter les profits supérieurs à la normale. De plus, lorsque les risques sont importants, les entreprises sont généralement importantes et très souvent concentrées. Par conséquent, une partie importante du capital des entreprises va être investie dans l'industrie même, permettant à l'industrie d'avoir un taux supérieur de rendement sur ses capitaux engagés. Dans les industries où la concentration est moins forte, une fraction moins importante du capital de l'industrie va généralement engendrer des profits pour les innovateurs, ce qui va amener que le taux moyen de rentabilité va être inférieur pour l'industrie. Encore une fois, c'est une conséquence qui, selon nous, ne va créer que des différences infimes entre les industries et l'interdépendance ainsi provoquée entre les profits et la concentration n'est que très faible.

Les entreprises qui font leur entrée dans un secteur industriel avec de nouvelles marques de commerce d'un produit doivent également être considérées comme des imitateurs, souvent d'ailleurs en position désavantageuse par rapport aux entreprises déjà en place. Donc, des coûts très élevés au chapitre de l'imitation vont amener des coûts tout aussi élevés sur le plan de l'entrée sur le marché. Puisque les profits découlant de l'innovation doivent être plus élevés pour encourager l'imitation lorsque les coûts d'imitation sont élevés, les profits doivent être assez tributaires des problèmes rencontrés pour investir dans le secteur industriel (Orr, 1974-1975). La concentration est cependant également fonction des problèmes d'entrée sur marché si le rapport capital-main-d'oeuvre, la variation des profits et l'importance de l'entreprise sont considérés comme des indices permettant d'évaluer l'importance des problèmes (Orr, 1974-1975, et Ornstein et al, 1972-1973.)

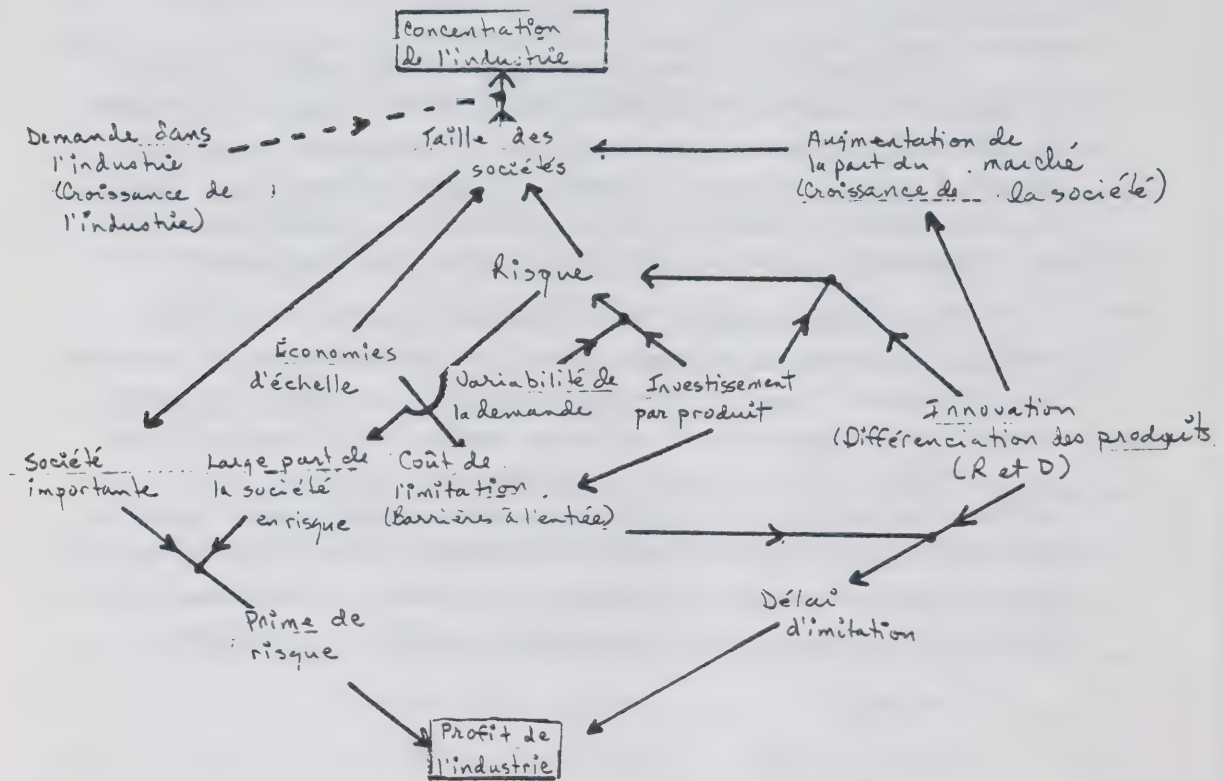
En dernier lieu, les retards au cours du processus d'imitation et la supériorité des profits exigés pour favoriser l'innovation vont être plus élevés pour des projets où les coûts d'imitation sont très élevés. De tels coûts peuvent normalement être assumés par de grandes entreprises qui se retrouvent surtout dans les secteurs de forte concentration.

Le Tableau 1 est le résumé des arguments antérieurs. Il démontre que les profits supérieurs proviennent des primes de risque et des retards apportés dans l'introduction des imitations, il indique les causes sous-jacentes à ces deux facteurs. Le tableau démontre également que, jusqu'à un certain point, la concentration est causée par les grandes entreprises et il démontre pourquoi certaines entreprises doivent être énormes.

Comme la concentration très élevée et les profits très élevés proviennent de mêmes causes sous-jacentes, il est normal qu'on les retrouve souvent ensemble. Dans la littérature empirique, ces rapports vont être traduits par un rapport positif entre les facteurs reliés dans le tableau par une flèche. Si ces facteurs sous-jacents sont contrôlés, et si les chiffres sont exacts, il ne devrait pas y avoir d'autres rapports entre la concentration et les profits, à moins, évidemment, que la concentration en soi ne produise des profits supérieurs à la moyenne et ne contribue à la formation d'un monopole par voie de collusion implicite ou explicite.

SCHEMA 1

FACTEURS FAISANT
VARIER LES BÉNÉFICES DE L'INDUSTRIE ET
LA CONCENTRATION ENSEMBLE



- Les facteurs entre parenthèses sont mentionnés dans la documentation empirique.
- Les flèches indiquent quels facteurs ont une incidence sur quel autre.
- Les flèches brisées indiquent que les facteurs varient inversement.
- Les flèches reliées indiquent des incidences mixtes (un seul facteur n'aurait pas eu d'effet).

LES CONCLUSIONS EMPIRIQUES

Nous ne discuterons que des conclusions les plus récentes ou les plus importantes. Weiss (1974) donne un résumé plus complet de la documentation antérieure à 1974. La prolifération d'études traitant du rapport C.C.-P, est remarquable. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on considère l'accroissement limité de connaissances depuis le travail de base fait par Bain en 1951.

On démontrera que, bien qu'il existe plus souvent qu'autrement une corrélation positive entre les mesures de concentration utilisées et les indicateurs de profit, de telles conclusions constituent des bases trompeuses pour l'élaboration d'une politique de la concurrence. En premier lieu, des conclusions contradictoires démontrent qu'il n'existe aucune corrélation significative entre les deux mesures. C'est un indice de la faiblesse de la corrélation. Il est difficile de trouver un échantillon suffisamment considérable pour pouvoir réduire de façon significative la variation due au hasard afin de percevoir la corrélation. Deuxièmement, dans ces études on ne mentionne qu'un très faible effet de concentration sur les taux de rendement qui réduisent de fait la variation due au suffisant hasard pour que la corrélation soit statistiquement significative. De toute façon, comme nous l'avons démontré dans la section précédente, il est possible de prédire l'existence d'une faible corrélation dans une économie concurrentielle. Troisièmement, on a montré que les hauts taux de rendement des industries concentrées sont passagers. Quatrièmement, la corrélation a tendance à disparaître dans les études qui contrôlent les autres variables qui interviennent tels que la taille de la société, les économies d'échelle, les besoins en capitaux, la publicité, l'innovation et la différenciation des produits et l'augmentation de la production. Finalement, la mesure des variables et des échantillons employés s'accompagne de problèmes très réels.

Notre courte revue des études sera divisée en quatre parties:

a) étude bivariable qui illustre un rapport C.C.-P. positif;

- b) étude bivariable qui n'illustre aucun rapport C.C.-P. significatif;
- c) étude multivariable qui illustre un rapport C.C.-P. positif; et
- d) étude multivariable qui n'illustre aucun rapport C.C.-P. significatif.

La locution étude bivariable désigne la recherche qui porte uniquement sur la mesure de la concentration et du rendement. Les études multivariable, d'autre part, sont celles qui contrôlent par exemple la taille et les économies d'échelle.* Par exemple, disons que les mesures de concentration et d'économies d'échelle sont positivement associées à la rentabilité. Une étude bivariable révélerait seulement que la concentration et les taux de rendement étaient corrélatifs et elle ne tiendrait pas compte des mesures des économies d'échelle.* Bien que les statisticiens emploient le terme multivariable pour des techniques qui traitent simultanément de plus de deux variables, nous sommes plus précisément intéressés au traitement simultané de la taille, des économies d'échelle, des barrières à l'entrée et des mesures de concentration. Les études qui ne portent pas au moins sur ces variables connexes de façon simultanée sont appelées bivariées, à nos fins, puisqu'elles ne tiennent pas compte des sources les plus probables de rapport C.C.-P. Un enquêteur pourrait donc conclure que la concentration a entraîné des profits élevés. Par contraste, une étude multivariable emploierait l'analyse de régressions multiples pour contrôler les économies d'échelle tout en calculant le rapport entre la concentration et les taux de rendement. Cela pourrait démontrer que si nous avons des économies d'échelle constantes pour une gamme de coefficients de concentration, le rapport entre la concentration et les taux de rendement ne serait pas significatif. Dans ce cas, un enquêteur pourrait conclure que des profits supérieurs à la moyenne sont attribuables aux grandes échelles et non pas aux coefficients de forte concentration. Il est évident alors que les conclusions les plus fiables peuvent être tirées des études multivariées qui tiennent compte des autres variables possiblement pertinentes pouvant "intervenir", c'est-à-dire qualifier ou annuler le rapport entre la concentration et les taux de rendement.

ETUDES BIVARIABLES ILLUSTRANT UN RAPPORT C.C.-P. POSITIF

L'étude la plus célèbre sur le rapport C.C.-P. a sans doute été faite par le professeur J.S. Bain en 1951. Bain a découvert que les taux de profit sur l'avoir des sociétés dans les industries de vente à forte concentration étaient en moyenne plus élevés que ceux des sociétés dans les industries à plus faible concentration pour la période allant de 1936 à 1940 dans l'industrie américaine de la fabrication. Le rapport entre la concentration et les profits indiquait une dichotomie entre les industries ayant plus, et celles ayant moins de 70% de la valeur du produit contrôlé par huit sociétés. Bien que Bain ait examiné l'incidence de la taille de la société sur la concentration et ait trouvé qu'elle n'était pas significative, son étude reste essentiellement bivariable puisque les régressions multiples n'ont pas été employées. Le contrôle de la taille était rudimentaire. Bain considère à juste titre que ses conclusions sont hypothétiques puisque l'échantillonnage était très restrictif et possiblement partial.

Weiss (1963) a étudié le rapport C.C.-P. par le biais des rectifications au regroupement excessif ou insuffisant de données et aux particularités locales de l'industrie, pour ainsi obtenir des chiffres de concentration plus cohérents. Pour 1947-1948, son étude indiquait une incidence négative et non significative de la concentration sur les profits, alors qu'entre 1949 et 1958, les rapports étaient positifs et significatifs, ce qui confirmait les conclusions faites par Bain en 1951.

Collins and Preston (1969) ont aussi trouvé un rapport essentiellement significatif entre la concentration et leur évaluation de la puissance d'un monopole (la marge prix-coût). Malheureusement, cette mesure ne tient pas compte de la croissance, de la publicité ou des dépenses faites au siège social, et la corrélation peut être faussée parce qu'un facteur commun, soit la valeur des expéditions, a été utilisé pour calculer tant les marges que le C.C.-P. (voir Weiss, 1974, p. 218). Il est intéressant de noter que le rapport entre les marges et la concentration, qui était significatif et positif pour les industries de biens destinés à la consommation, n'était pas significatif pour les industries de biens de transformation. Le rapport était aussi plus marqué pour les quatre principales sociétés que pour les autres.

Weiss (1974) énumère un grand nombre d'autres études qui donnent une corrélation significative entre la concentration et une certaine mesure de la rentabilité ou de la marge prix-coût.

Bien que la grande majorité des études bivariables en arrivent à cette même conclusion, la preuve n'est pas tout à fait convaincante comme nous le verrons dans la prochaine partie.

ÉTUDE BIVARIABLE N'ILLUSTRANT AUCUN RAPPORT C.C.-P SIGNIFICATIF

George Stigler (1963) souligne dans son étude des industries de fabrication aux États-Unis:

"Selon les données actuelles, les industries concentrées ont eu un taux de rendement moyen plus élevé entre 1938 et 1940 et après 1948 (mais inférieur pour les huit années intermédiaires). Pour la période allant de 1947 à 1954, le taux moyen enregistré dans des industries concentrées (où les quatre principales sociétés monopolisaient 50% des affaires) était de 8%, alors qu'il était de 7.16% dans les industries non concentrées. Si l'on rajuste les rendements pour compenser les retraits excessifs de cadres supérieurs au sein des petites sociétés, qui sont considérables dans les industries concentrées, les différences disparaissent presque entièrement."
pp. 67-68.

Yale Brozen (1970) a été le premier à examiner le maintien, sur une certaine période, des taux de rendement supérieurs à la moyenne par rapport aux industries concentrées. Selon la théorie traditionnelle de l'oligopolie, on escompterait des rendements plus

élevés par rapport au capital dans les industries davantage concentrées. Brozen a découvert que tel n'était pas le cas. Par contre, la majorité des rendements supérieurs à la moyenne ont baissé dans les 42 industries qu'a étudiées Bain (1951) entre 1936 et 1940, et entre 1953 et 1957. En outre, on enregistrait une tendance contraire dans les industries ayant un taux de rendement inférieur à la moyenne. Brozen conclut donc:

"Il n'est nullement prouvé qu'il existe des obstacles à l'orientation des ressources vers des entreprises plus rentables pas plus qu'il n'existe une recherche évidente du maintien de ce haut niveau de rentabilité chez ces groupes concentrés à 70%. L'écart entre les industries qui se situent en-dessus et celles qui se situent en-dessous de ce niveau est passé de 4.4 pour cent au cours de la période de 1936 à 1940 à 1.1 pour cent au cours de la période de 1953 à 1957, ce qui représente une différence peu importante du point de vue des statistiques, entre les deux groupes." (p. 286).

Dans l'étude qu'il a faite en 1971, Brozen a constaté qu'il y avait un très faible, sinon, aucun rapport statistique entre la concentration et le niveau de rentabilité des entreprises.

Une étude plus récente, effectuée par Meehan et Duchesneau en 1973-1974, a révélé que le rapport entre la concentration et la

rentabilité était discontinu et que le niveau critique de concentration se situait à 55% chez les groupes de quatre entreprises et à 70% chez les groupes de huit entreprises. L'accroissement de la concentration au-delà du seuil critique ne semble pas avoir entraîné une augmentation du niveau de rentabilité. Cette conclusion est particulièrement intéressante, car elle laisse supposer que les fusions qui se produisent même chez les entreprises hautement concentrées influenceront peu sur leur niveau de rentabilité.

En conclusion, il est important de souligner que l'expérience démontre très certainement un rapport positif entre la concentration et la rentabilité. Toutefois, ces résultats ne sont apparemment pas concluants quand nous tenons compte des variations de la rentabilité dans le temps (Brozen 1970), ou lorsque l'étude porte sur des périodes d'inflation (Stigler 1963), ou lorsque l'échantillon porte sur un groupe donné d'industries de fabrication (Collins et Preston, 1969) ou dont le niveau de concentration est excessif (Meehan et Duchesneau, 1973-1974). Il semble donc que même lorsque les études se limitent à deux variables, il faille douter de l'universalité et de la permanence des constatations antérieures.

ÉTUDES À PLUSIEURS VARIABLES DÉMONTRANT UN RAPPORT POSITIF ENTRE LE NIVEAU DE CONCENTRATION ET LA RENTABILITÉ

H. Michael Mann a tenté d'évaluer, en 1966, les répercussions des obstacles à l'admission dans les groupes et de la concentration sur les niveaux de rentabilité (rapport entre le revenu net et la valeur nette

moyenne). Il a constaté que ces facteurs avaient une influence positive et importante dans les deux cas. Il n'a toutefois pas recouru aux régressions multiples pour faire disparaître l'influence des obstacles lorsqu'il a mesuré le rapport entre la concentration et la rentabilité. En outre, l'échantillon n'était pas représentatif, car il n'était constitué que d'entreprises clés, et les obstacles à l'admission dans les groupes avaient été calculés d'une façon subjective. Les résultats de ces études sont donc sujets à révision.

Hall et Weiss ont employé, en 1967, une méthode statistique plus raffinée pour déterminer les répercussions des facteurs de taille, croissance et concentration sur le niveau de rentabilité à partir des états financiers de fin d'année. Ils ont constaté que:

"la concentration du marché devait être considérée indépendamment de la taille des entreprises comme facteur déterminant de rentabilité. L'effet de la concentration est intéressant, mais minime. Une augmentation de 40 points (de la concentration) entraînerait une augmentation (du rendement de la valeur nette) de seulement 0.7 à 1.1 point et une augmentation (du rendement des actifs) de seulement 0.3 à 0.6 point. La concentration semblerait être moins importante que l'obstacle que constituent les besoins capitaux comme facteur déterminant de rentabilité. (p. 326). Sous l'angle des politiques, nos résultats favoriseraient davantage une attaque contre les imperfections du marché des capitaux que contre les programmes visant l'abolition

des coalitions." (p. 330).

L'une des anomalies de l'étude de Hall et Weiss consiste à ne pas avoir tenu compte des coefficients capital-extrants qui indiquent le taux d'investissements qu'exige une entreprise. Une corrélation positive entre la rentabilité, la concentration et les coefficients capital-extrants pourraient être la cause de l'apparente association entre la concentration et la rentabilité.

En 1973-1974, Rhoades et Cleaver ont également constaté un rapport positif et significatif entre la concentration et la différence entre les prix et les coûts. Parmi les autres variables indépendantes examinées, notons la croissance de la valeur des expéditions, le coefficient capital-extrants et la nature de l'industrie, c'est-à-dire son orientation vers la fabrication de biens de consommation ou de production. Dans tous les cas, on a noté un rapport positif et significatif entre ces variables et la différence entre les prix et les coûts. Toutefois, ces constatations ne tiennent pas compte de la taille des entreprises ni des économies d'échelle et, partant, il se pourrait que les corrélations découvertes soient causées par d'autres variables. Contrairement à Meehan et Duchesneau (1973-1974), Rhoades et Cleaver ont constaté qu'il n'y avait aucun rapport systématique entre la concentration et les marges bénéficiaires chez les industries à faible concentration, alors qu'il y avait un rapport linéaire très marqué chez les industries à haut degré de concentration.

En 1973-1974, David Qualls a constaté que le haut degré de concentration et l'existence d'obstacles importants à l'admission des entreprises dans le groupe (cette dernière variante ayant été mesurée subjectivement) étaient les conditions essentielles à un équilibre constant et prolongé dans les marges bénéficiaires.

"Une forte concentration dès le départ, alliée à de nombreux obstacles importants à l'admission dans le groupe, ne favoriserait nullement le maintien à long terme de marges bénéficiaires élevées", p. 610. L'étude de Qualls est déficiente en ce qu'elle ne fait aucun effort systématique en vue de tenir compte de la taille des entreprises et des économies d'échelle. En outre, le "contrôle" de la variable "obstacles" (à l'aide d'une échelle nominale) est primaire et suppose que la concentration ne varie qu'entre trois catégories d'obstacles. Il n'est nullement évident qu'une régression multiple faisant appel à des évaluations plus raffinées aboutirait au même résultat.

L'étude de Caves, Shirazi et Porter, effectuée en 1975, constitue l'une des meilleurs et des plus approfondies parmi celles qui ont constaté un rapport positif entre la concentration et la rentabilité. Chez leur échantillon d'industries britanniques, les auteurs ont étudié simultanément l'incidence de la concentration, des coefficients capital-extrants de la croissance, de la différenciation des produits et de l'intensité des activités d'import-export sur le pourcentage de rendement brut des ventes. Ils ont obtenu un résultat positif et significatif lorsqu'ils ont utilisé des méthodes améliorées de mesure des économies

d'échelle^{*}. Les résultats qu'ils ont obtenus aux Etats-Unis, toutefois, dépeignent un tableau tout à fait différent. En contrôlant les besoins en liquidités, l'intensité de la publicité, la croissance et les caractéristiques régionales ou locales de certaines industries, ils ont constaté, à l'aide des améliorés d'évaluation des économies d'échelle, un rapport négatif et significatif entre la concentration et le rendement de la valeur nette. L'étude américaine représente une amélioration notable sur celle de la Grande-Bretagne, car elle tient compte des variables taille et publicité.

* Ces mesures incorporent un coefficient de handicap sur le facteur "coûts" défini comme la valeur ajoutée moyenne par ouvrier des ouvriers d'usine qui fournissent presque le premier 50% de la valeur ajoutée de l'industrie, divisée par la valeur ajoutée moyenne par ouvrier des ouvriers qui fournissent les derniers 50%." (Caves et associés, 1975, page 135).

LES ÉTUDES A VARIABLES MULTIPLES INDIQUENT UN RAPPORT C.C.P. MINIME

Comme nous le verrons, la plupart des études à variables multiples qui portent sur l'influence de la taille de l'entreprise, les économies d'échelle, la publicité, les capitaux engagés et la croissance indiquent que le rapport entre la concentration et les profits est négligeable.

Comanor et Wilson (1967) ont trouvé une importante corrélation positive et simple entre les taux des bénéfices et le rapport de concentration de quatre entreprises. Cependant, lorsqu'ils ont recouru à une régression multiple, qui tenait compte de l'influence du rapport entre la publicité et les ventes, des besoins en capitaux, des économies d'échelle et de l'accroissement de la demande, les répercussions qu'a exercé la concentration sur la rentabilité étaient négligeables. C'est une découverte particulièrement impressionnante, car la variance de rentabilité qui s'explique par la combinaison de ces variables était statistiquement très grande: 72%

Demsetz (1972) a étudié l'influence de la taille et la concentration sur les changements survenus dans le taux des revenus. Voici ce qu'il a conclu:

"Le taux des revenus des entreprises dont l'actif est minime n'augmente pas avec la concentration. Cela semble également vrai pour les deux catégories suivantes d'actifs. Selon les données, il semble qu'il n'existe pas de rapport entre la concentration et la collusion." p. 80.

Les résultats qu'a obtenus Ornstein (1972) sont également intéressants:

"En essayant de libérer les tests de corrélation simulés en raison de répercussions qu'entraînent les grandes entreprises, on s'aperçoit que le taux de concentration généralement faible mais significative mentionné dans les autres études est encore plus faible et donne peu d'explications sur la variation des taux de bénéfices entre les entreprises."

Conjointement aux barrières d'entrée mesurées en tant qu'économies d'échelle pour la production et les besoins en capitaux d'investissement et représentant des changements à long terme survenus dans les industries et la demande de l'entreprise, la concentration présente un rapport direct avec les taux des bénéfices dans les industries de production et de consommation. La concentration est liée aux barrières d'entrée qui, selon les changements survenus dans l'industrie et la demande de l'entreprise, sont liées aux taux des profits. Cette explication des taux de bénéfices plus élevés que la normale correspond à une théorie économique généralement admise et ne dépend pas des discussions sur les conspirations et le comportement collusoire généralisés). pp. 536-537.

Vernon et Nourse (1973-1974), qui ont étudié le coefficient publicité-vente, la croissance, la taille et la diversification, n'ont pas trouvé non plus de grandes répercussions de la concentration sur la rentabilité. Cependant, étant donné que l'échantillon des firmes choisies se limitait à 57 grandes maisons, les résultats obtenus peuvent manquer de généralité.

Demsetz (1974), qui a étudié l'influence du niveau d'actif des entreprises, a découvert qu'il n'existait aucune corrélation importante entre le profit et la concentration du marché. Voici ce qu'il a conclu:

"Presque toutes, pour ne pas dire toutes, les corrélations positives entre les taux des bénéfices et la concentration, qui n'ont pas été mentionnées par les études précédentes, sont dues à la variation de la taille des entreprises et non du degré de concentration du marché." p. 178

Selon Weiss, (1974) en ce qui concerne les études qui utilisent l'importance de l'usine et les besoins en capitaux comme variables, il est difficile de faire une distinction entre l'influence de ces facteurs et celle de la concentration. Cela veut dire que la taille minimale pour qu'une usine soit rentable peut influencer sur le degré de concentration. Les marges entre le prix et le coût étaient certainement liées à la concentration

uniquement lorsque Weiss a utilisé un échantillon qui comprenait les industries pour lesquelles on ne pouvait pas calculer de façon précise le rapport entre la publicité et les ventes. Lorsqu'il a utilisé un sous-échantillon approprié pour éviter ce problème et lorsqu'il s'est efforcé de tenir compte de la taille, des capitaux utilisés, de la publicité, de l'augmentation de la production, etc., il n'a trouvé aucune corrélation importante entre la marge et la concentration.

Dale Orr (1974-1975), en utilisant des données portant sur 71 entreprises secondaires canadiennes et à trois chiffres en tenant compte des taux de croissance, des barrières d'entrée et de la concentration n'a pas trouvé que la concentration à elle seule exerçait une grande influence sur la rentabilité. Il a trouvé, toutefois, que l'interaction entre la concentration et les mesures des barrières d'entrée jouait un rôle important dans l'évaluation de la rentabilité, mais uniquement lorsqu'on ne s'efforçait pas de tenir compte d'une mesure distincte barrières-entrée.*

Ornstein (1975) a reproché à Collins et Preston (1969) d'avoir utilisé dans leurs études des données erronées sur les marges entre le prix et le coût. La marge ne tient pas compte des dépenses suivantes: publicité, R et D, impôt, amortissement frais de distribution et frais généraux. Ornstein a décidé de faire des ajustements pour ce qui est du rapport entre le capital et les ventes, en tenant compte de l'utilisation relativement intensive des capitaux dans le cas des industries plus concentrées. Il a également ajusté les marges pour les dépenses susmentionnées. De multiples régressions ne révélaient alors aucune relations importantes entre les marges et la concentration, sauf dans le cas des industries de consommation.

* Les barrières étaient fonction de variables comme le recours intensif à la publicité, les besoins en capitaux, l'intensité de la R et D, le risque (qui est la déviation normalisée des taux de profit de l'industrie), et les ventes. Ces "barrières" qui sont généralement associées à de grandes entreprises et à des industries concentrées, ne freinent pas nécessairement l'économie. Elles favorisent l'innovation.

QUE POUVONS-NOUS CONCLURE?

Dans la partie sur le lien prévu entre la concentration et les profits, nous avons donné un certain nombre de raisons selon lesquelles une étude à variables doubles révélerait probablement une corrélation faible mais positive entre les taux de concentration et les mesures de profits. Nous avons pu prévoir ce lien, car il existe plusieurs forces communes qui tendent à produire des taux de bénéfices au-dessus de la moyenne et des coefficients de concentration également au-dessus de la moyenne. Voici ce que nous avons également proposé dans notre analyse: s'il faut, dans une analyse à variables multiples, tenir compte de forces communes comme les économies d'échelle, la taille, les primes de risque, etc., le rapport entre les taux de bénéfices et la concentration tendraient à disparaître à moins que cela est toujours sous-entendu, les pratiques oligopolistiques et monopolistiques des industries concentrées produisent de gros bénéfices. Bien qu'il soit utile d'avoir d'autres preuves, les études empiriques actuelles, révèlent que, lorsqu'il existe une simple corrélation entre la concentration et les profits, il y a une corrélation faible et positive qui tend à disparaître si l'on prend en considération les variables en jeu.

M. Phillips s'est exprimé en ces termes pour dire ce que les faits signifient pour le décisionnaire:

"A part les problèmes de théories de données, certains pensent qu'il existe une corrélation positive et continue (C C - P). D'autres pensent qu'il y a un seuil au-delà duquel existe une relation positive et au-dessous duquel il n'y a aucune répercussion notable. Par ailleurs, la concentration a un effet uniquement si elle est accompagnée de barrières d'entrée élevées. On a signalé des relations non-linéaires, notamment les effets négatifs de la concentration sur la rentabilité lorsqu'elle est forte. Certains ont déclaré, avec preuves à l'appui, que la relation est, au moins transitoire et, au plus, simulée. Personne n'a trouvé que la relation est si étroite que, compte tenu des problèmes de la méthode statistique considérée, une grande partie de la variance des profits peut servir à mesurer les structures du marché. A partir de ces données, quelles sont les lignes directrices d'une politique publique?" Phillips, 1974 p. 381-385.

CRITIQUE DE LA RECHERCHE

Phillips (1976) a expliqué très clairement les problèmes inhérents aux études dont le but est de trouver la relation C C P. D'abord, il est difficile de trouver le genre de variables utilisées. Par exemple, la mesure de la concentration (CR) peut cacher une variation considérable du nombre des entreprises (N) d'une industrie, celle-ci étant le corrélat de collusions hypothétique aux yeux des économistes partisans des théories traditionnelles. Si le coefficient de concentration est de 0.60, par exemple, pour les quatre plus grandes entreprises, aucune

société, en dehors de ces quatre ne peut avoir 15% du marché. Il en résulte qu'il y a seulement trois ou un très grand nombre d'entreprises qui constituent le reste du marché.

"Selon la théorie du comportement, on suppose que la différence entre un total de sept entreprises et un total de soixante-dix entreprises sur le marché explique la différence de production. Cependant, les renseignements dont nous disposons sur le CR4 - 0.60 ne nous éclairent pas." Phillips, 1976, p. 242.

Le coefficient de concentration ne tient pas compte non plus de la part relative du marché détenue par les quelques entreprises les plus importantes. La méthode de définition d'un marché est, en quelque sorte, arbitraire en raison de la différenciation des produits et des différences d'emplacement, qui font que les produits des entreprises peuvent être remplacés dans un continuum, mais non pas dans des catégories discrètes (Phillips, 1976, page 245).

Souvent, les mesures de variables dépendantes sont faussées et trompeuses. Par exemple, l'écart entre le prix et le coût, comme nous l'avons signalé plus tôt, ne tient généralement pas compte des dépenses effectuées pour la publicité la R-D, les impôts, l'amortissement, la distribution, les frais généraux (Ornstein, 1975, page 107). Ainsi, la marge de profit des entreprises les plus importantes, dans les industries les plus concentrées, sera considérée comme beaucoup plus élevée qu'elle ne l'est en réalité, car, dans ces entreprises, ces dépenses représentent un pourcentage plus élevé. Même en utilisant

comme mesure le taux de remboursement du capital, nous rencontrons des problèmes. Les coûts de la publicité et de la R-D sont ordinairement "dépensés" plutôt que capitalisés, de sorte que les taux de profit des industries où ces coûts sont relativement élevés sembleront plus élevés qu'ils ne le sont en réalité. (Solomon, 1970). En outre, les économies d'échelle, l'intensité de la publicité, et les autres variables qui "interviennent" posent, bien sûr, également des problèmes (Phillips, 1976, pages 245-246.)

Yale Broken (1970) a été l'un des rares chercheurs à tenir compte de la variable temps dans l'étude du rapport C-P. Au lieu de tenter d'expliquer l'évolution du profit sur une certaine période en n'utilisant que des coefficients de concentration, nous pourrions obtenir de meilleurs résultats si nous tenions également compte de l'évolution des besoins en capitaux, de la croissance, des dépenses pour la publicité, des risques de l'industrie, etc.

Ces études peuvent nous donner une meilleure idée des causes des fluctuations de profit et de l'importance relative des coefficients de concentration dans l'explication de ces changements.

Le défaut de tenir compte de variables intervenantes comme celles figurant au tableau 1, à la section intitulée "Le lien prévu..." constitue sans aucun doute l'une des plus graves lacunes de la plupart des recherches effectuées jusqu'à maintenant. Nous devons éviter d'utiliser les études à deux variables, car leurs conclusions sont probablement influencées par des variables reliées tant à la mesure du rendement qu'à celle de la concentration. En effet, lorsque nous examinons des études à variables multiples, nous constatons que le lien entre la mesure du rendement et celle de la concentration est très souvent négligeable. Ces résultats contrastent singulièrement avec ceux des analyses à deux variables. Ainsi, il est bien certain que rien ne nous permet de conclure qu'il y a, en réalité, un lien légitime CC-P qui ne peut être attribué aux primes de risque, au retard dans le processus d'imitation des innovations dans le cas des oligopoles à capitaux élevés, à l'efficacité plus grande et à la croissance découlant de la différenciation et de l'amélioration des produits.

Même si l'on constatait un lien positif et important entre la concentration et le rendement, après avoir tenu compte des variables intervenantes, il y aurait lieu d'être prudent dans l'interprétation de ces résultats:

"la question consiste à se demander s'il (le rendement) est élevé sans le cas des marchés où il existe des entreprises de grande envergure et où la concentration est élevée en raison de la présence de monopoles puissants, ou si les entreprises sont importantes et les marchés concentrés en raison des différences quant aux produits et aux capacités de rendement." Phillips (1976) p. 247.

Après avoir examiné les études dans ce domaine et avoir constaté leurs lacunes sur le plan de la méthodologie, Phillips (1976) concluait:

"Que nous apprennent les études empiriques sur les relations entre les structures et la rentabilité? Apparemment bien peu de choses. Tant que nous ne disposerons pas d'une meilleure théorie, de meilleures données, et, surtout, de meilleurs outils économétriques, nous ne pourrons fonder nos politiques sur rien d'autre que sur des études institutionnelles en profondeur de certains marchés en particulier."

p. 248

Il est urgent de concevoir des modèles systématiques qui permettraient d'évaluer le lien entre la concentration et le profit. Un modèle de ce genre a été présenté dans le tableau 1. Pour progresser davantage dans ce domaine, il est nécessaire de mettre à l'épreuve ces modèles, lien par lien, en expérimentant une série de possibilités en vue de déterminer laquelle peut le mieux nous renseigner sur les causes. Il est également nécessaire d'inclure de nouveaux facteurs, comme les mesures des primes de risques, des retards dans l'imitation, et l'efficacité innovatrice, et de trouver d'autres variables plus concrètes qui sous-tendent le lien CC-P.

CONCLUSION

La preuve empirique du lien entre la concentration et les profits est contradictoire et non concluante. Si l'on tenait compte des variables intervenantes possible, comme l'envergure, les économies d'échelle, la croissance, le risque, les besoins en capitaux, la différenciation et l'innovation quant aux produits, peut-être la faible corrélation CC-P serait-elle encore plus faible ou disparaîtrait-elle entièrement. En réalité, si ces variables intervenantes entrent en ligne de compte dans le lien apparent CC-P, ou en

sont la cause, les arguments visant à dénoncer la puissance des oligopoles et les dangers de la concentration s'en trouvent affaiblis. En raison du lien entre l'envergure et l'aversion pour le risque, il semble que certains genres d'investissements et d'innovations ne puissent être assumés économiquement que par des entreprises de grande envergure (que l'on trouve souvent dans des industries concentrées). Les entreprises de moindre importance ont besoin d'une prime de risque plus élevée. Si la prime de risque était augmentée, les entreprises les plus importantes pourraient être supplantées par celles de moindre importance, mais le consommateur y perdrait du fait qu'il lui faudrait payer plus cher.

Comme nous l'avons constaté au tableau 1, les avantages de l'envergure (laquelle peut contribuer à l'amélioration des profits) peuvent se traduire par des économies d'échelle au chapitre de l'administration, de la production et de l'innovation, par la capacité d'offrir aux consommateurs un choix plus vaste et plus intéressant de produits grâce à l'innovation et à la différenciation des produits, et par la capacité d'entreprendre des projets importants et audacieux sans exiger une prime de risque trop élevée. Alors que ces avantages et l'accroissement des ventes qui en résulte, peuvent, et devraient, parfois se traduire par un profit sensiblement plus élevé, l'échelle peut également avoir pour conséquence la réduction des prix à la consommation et l'amélioration du choix.

Dans le présent mémoire, nous nous sommes penchés sur les principales dimensions de la concurrence. L'un de nos quatre objectifs consistait à tenter d'établir si ces dimensions constituent des raisons théoriques ou a priori de croire que la concurrence serait moins grande s'il y avait seulement quelques fournisseurs de produits ou de services. Sous tous les rapports, sauf un, tout nous porte à croire que la concurrence serait renforcée, (surtout dans le contexte canadien) ou, du moins, ne serait pas affaiblie, s'il n'y avait que

quelques entreprises d'envergure plutôt que beaucoup de petites entreprises. La seule dimension de la concurrence en rapport avec laquelle le fait d'avoir peu d'entreprises est susceptible de causer un préjudice, c'est l'indépendance. La diminution du nombre d'entreprises faciliterait les complots, ceteris paribus. A cet égard, toutefois, nous avons fourni un certain nombre de raisons de croire que la facilité avec laquelle les entreprises pourraient comploter, sauf dans les cas où l'on a recours à des appels d'offres, est probablement exagérée par ceux qui n'ont aucune expérience des affaires, surtout en raison de leurs connaissances par trop simplistes des produits et de la concurrence. D'après notre vision du monde, si notre analyse est juste, la concentration, en soi, ne devrait pas permettre aux entreprises concernées de réaliser des profits importants grâce à l'exercice de monopoles.

Le fait de n'avoir pas plus que trois ou quatre fournisseurs d'acier, de bière, de gants de travail dans une petite localité de l'Ouest, ou encore d'appareils permettant d'extraire le miel des ruches, pourrait, après tout, procurer aux Canadiens le milieu économique le plus souhaitable.

BIBLIOGRAPHIE

- Bain, J., "Relation of Profit Rate to Industry Concentration", Quarterly Journal of Economics, 65, 1951, 293-324.
- Bertrand, R. (Sous-ministre adjoint, Bureau de la politique de la concurrence et directeur des Enquêtes et Recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, ministère de la Consommation et des Corporations). Témoignage devant la Commission royale d'enquête sur la concentration des sociétés, 3 novembre 1975, Ottawa.
- Bevan, A., "The U.K. Potato Crisp Industry, 1960-72: A Study of New Entry Competition", Journal of Industrial Economics, 22, 1974, 281-297.
- Brozen, Y., "Concentration and Profits: Does Concentration Matter?" aux éditions J. Weston et S. Ornstein. The Impact of Large Firms on the U.S. Economy. Lexington, 1973, 59-70
- Caves, R., J.K. Shirazi, et M. Porter, "Scale Economies in Statistical Analysis of Market Power", Review of Economics and Statistics, 57, 1975, 133-140
- Collins, N., et L. Preston, "Price-Cost Margins and Industry Structure", Review of Economics and Statistics, 51, 1969, 271-286
- Comanor, W., "Market Structure, Product Differentiation, and Industrial Research", Quarterly Journal of Economics, 81, 1967, 639-657.
- Comanor, W., et T. Wilson, "Advertising, Market Structure and Performance", Review of Economics and Statistics, 49, 1967, 423-440.
- Dalton, J., et S. Rhoades, "Growth and Product Differentiability as Factors Influencing Changes in Concentration", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 235-240.
- Demsetz, H., "Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy", aux éditions J. Weston et S. Ornstein, 1973, ouvrage déjà cité, 71-82
- Demsetz, H., "Two Systems of Belief About Monopoly", aux éditions H. Coldschmid et associés Industrial Concentration: The New Learning, Little-Brown, 1974, 164-183.

- Duchesneau, T., "Barriers to Entry and the Stability of Market Structures", Journal of Industrial Economics, 22, 1974, 315-320.
- Conseil économique du Canada, Rapport provisoire sur la politique de concurrence, Imprimerie de la Reine, 1969.
- Ghosh, A., "Concentration and Growth of Indian Industries, 1948-68", Journal of Industrial Economics, 23, 1974-75, 203-221. '
- Hall, M. & L., Weiss, "Firm Size and Profitability", Review of Economics and Statistics, 49, 1967, 319-331.
- Mann, H., "Seller Concentration, Barriers to Entry and Rates of Return in 30 Industries, 1950-1960", Review of Economics and Statistics, 48, 1966, 296-307
- Mann, H., "Advertising, Concentration and Profitability", Goldschmid et associés, ouvrage déjà cité, 1974, 137-155.
- Markham, J., "Concentration: A Stimulus or Retardant to Innovation"? Goldschmid et associés, ouvrage déjà cité, 1974, 247-271.
- McGee, J., "Efficiency and Economies of Size", Goldschmid et associés, ouvrage déjà cité, 1974, 55-96.
- Meehan, J. & T. Duchesneau, "The Critical Level of Concentration: An Empirical Analysis", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 21-36.
- Needham, D., "Market Structure and Firms' R & D Behavior", Journal of Industrial Economics, 23, 1975, 241-255.
- Ornstein, S., "Concentration and Profits", Journal of Business, 45, 1972, 519-541.
- Ornstein, S., "Empirical Uses of the Price-Cost Margin", Journal of Industrial Economics, 24, 1975, 105-117.
- Ornstein, S., J. Weston, M. Intriligator, & R. Shrieves, "Determinants of Market Structure", Southern Economic Journal, 39, 1972-73, 612-625.
- Orr, D., "An Index of Entry Barriers and Its Application to the Market Structure Performance Relationship", Journal of Industrial Economics, 23, 1974-75, 39-49.
- Orr, D., "The Determinants of Entry: A Study of the Canadian Manufacturing Industries", Review of Economics and Statistics, 56, 1974, 58-66.

- Phillips, A., "Industrial Concentration and Public Policy: A Middle Ground", Goldschmid et associés (edit.), ouvrage déjà cité, 1974, 383-392.
- Phillips, A., "A Critique of Empirical Studies of Relations Between Market Structure and Profitability", Journal of Industrial Economics, 24, 1976, 241-249
- Qualls, D., "Stability and Persistence of Economic Profit Margins in Highly Concentrated Industries", Southern Economic Journal, 40, 1973-74, 604-612.
- Rhoades, S. & J. Cleaver, "The Nature of the Concentration - Price/Cost Margin Relationship for 352 Manufacturing Industries: 1967", Southern Economic Journal, 40, 1973-74, 90-102.
- Romeo, A., "Interindustry and Interfirm Differences in The Rate of Diffusion of an Innovation", Review of Economics and Statistics, 57, 1975, 311-319.
- Scherer, F., "Firm Size, Market Structure, Opportunity, and the Output of Patented Inventions", American Economic Review, 55, 1965, 1097-1125.
- Scherer, F., "Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers", American Economic Review, 57, 1967, 524-531.
- Scherer, F., "Economies of Scale and Industrial Concentration", Goldschmid et associés, (edit.), ouvrage déjà cité, 1974, 16-54.
- Solomon, W., "Alternative Rate of Return Concepts and Their Implications For Utility Regulation", Bell Journal of Economics and Management Science, 1970.
- Stigler, G., Capital and Rates of Return in Manufacturing Industries, Les Presses de l'Université de Princeton, 1963.
- Vernon, J. & R. Nourse, "Profit Rates and Market Structure of Advertising Intensive Firms", Journal of Industrial Economics, 22, 1973-74, 1-20.
- Weiss, L., "Average Concentration Ratios and Industrial Performance", Journal of Industrial Economics, 45, 1963, 233-254.
- Weiss, L., "The Concentration - Profits Relationship and Antitrust", Goldschmid et associés (edit.), ouvrage déjà cité, 1974, 184-232.
- Weston, J., "Large Firms and Economic Performance", J. Weston & Ornstein, 1973, ouvrage déjà cité, 225-246.
- Weston, J. & S. Ornstein, "Trends and Causes of Concentration - A Survey", J. Weston & S. Ornstein, 1973, ouvrage déjà cité, 3-22.

APPENDICE «FTE-43»

COMPAGNIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ À LA CHAMBRE DES COMMUNES
DU CANADA
SUR LE BILL C-42

PROPOSITIONS POUR UNE NOUVELLE POLITIQUE
DE CONCURRENCE
POUR LE CANADA

DEUXIÈME ÉTAPE

MAI 1977

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	I.1
II.	RÉSUMÉ ET RECOMMANDATIONS	II.1-2
	Recommandations principales	II.3-4
	Autres recommandations	II.5
	APPENDICE (Recommandations)	II.6-22
III.	STRUCTURE INDUSTRIELLE	III.1
A.	LES EXCÈS DE LA CONCENTRATION	III.1
	Objet et portée du Bill	III.1-2-3
	Action appropriée: Rapport du Conseil économique et rapport Skeoch	III.3-4
	Pouvoirs étendus sur la structure industrielle	III.4-5
B.	MONOPOLE, MONOPOLE CRIMINEL ET MONOPOLE CONJOINT	III.5
	Recommandations	III.5-6-7
	Portée considérable de la définition du monopole	III.7-8-9-10-11
	Inutilité du "monopole conjoint"	III.11-12
	Recommandation de la Commission	III.12-13
	"Enquête générale" en cas de situation d'oligopole	III.13
C.	FUSIONS ET ENTREPRISES CONJOINTES	III.13
	Recommandations	III.13-14-15-16
	Compétence civile	III.16
	Directives et instructions à la Commission	III.17-18
	Seuil des fusions	III.18-19
	Autorisation préalable obligatoire	III.19-20
	Limite de la contestation	III.20
	Loi sur l'examen de l'investissement étranger	III.21
D.	ACCORDS DE SPÉCIALISATION	III.21
	Recommandations	III.21-22-23
	Délai	III.23-24
	Echanges préliminaires	III.24
	Nouveaux produits	III.25

E.	ÉQUILIBRE ET COHÉRENCE	III.25
	Comparaison entre les deux rapports et le Bill C-42	III.25-26-27
	Huit façons de réduire la concurrence	III.27-28
IV.	PRATIQUES DE PRIX	IV.1
A.	PRINCIPALES CONSÉQUENCES	IV.1
	La dichotomie criminel-civil	IV.1-2-3
	La rigidité des prix	IV.3-4
B.	RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES DE PRIX	IV.4
	Recommandations relatives aux prix de vente discriminatoires	IV.4-5-6-7
	Recommandations relatives à la pratique systématique de prix à la livraison	IV.7-8
C.	DIFFÉRENCIATION EN MATIÈRE DE PRIX ET PRIX DE VENTE DISCRIMINATOIRE	IV.8
	Différenciation en matière de prix	IV.8-9
	Compétence civile pour tout prix de vente discriminatoire	IV.9-10
	"Same ultimate customers"	IV.10
	Accords de vente	IV.10-11
	Preuve du préjudice	IV.11
	"Prix anormalement bas"	IV.11-12
D.	PRATIQUE SYSTÉMATIQUE DE PRIX À LA LIVRAISON	IV.12
	Problèmes de fond	IV.12-13
	Produits portant ou non une marque de fabrique	IV.13
E.	PORTÉE DES RECOMMANDATIONS	IV.13-14
V.	ACTIONS COLLECTIVES	V.1
	Commentaire	V.1
	Recommandations	V.2-3
	Avis	V.3
	Poursuite de l'action collective et problèmes d'ordre pratique	V.3-4
	Dépens	V.4-5
	Actions indirectes	V.5

VI.	ADMINISTRATION ET APPELS	VI.1
A.	ADMINISTRATION ET PROCÉDURE	VI.1
	Commentaire	VI.1
	Recommandations	VI.2-3
	Constitution de la Commission	VI.3
	Personnes chargées de l'audition	VI.4
	Représentation par avocat	VI.4
	Enquêtes générales	VI.4-5
B.	SECRET PROFESSIONNEL	VI.5
	Recommandations	VI.5
	Propositions de modifications	VI.5-6
C.	INFORMATIQUE	VI.6
	Recommandations	VI.6-7
	Tenue des registres	VI.7-8
	Remboursement des frais	VI.8
	Reproduction	VI.8
D.	ACTIVITÉ RÉGLEMENTÉE	VI.8
	Recommandation	VI.8-9
	Conditions d'exemption	VI.9-10-11
E.	APPELS ET RÉVISION DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION	VI.11
	Recommandations	VI.11-12
	Procédure de révision des décisions	VI.12-13

I

INTRODUCTION

La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée (l'Impériale) a établi le présent mémoire en réponse à l'invitation faite par le Comité permanent des Finances, du Commerce et des Questions économiques de la Chambre des Communes de lui soumettre des mémoires portant sur le fond du Bill C-42, loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Le Bill comprend également les Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada (les Propositions), rapport publié par le ministère fédéral de la Consommation et des Corporations.

Le Bill C-42 introduirait dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, rebaptisée la "Loi sur la concurrence", d'importants changements dans la structure industrielle, les pratiques de prix, les actions collectives et l'administration de la politique de concurrence, prévoyant notamment une procédure d'appel. Ces quatre aspects de la politique de concurrence font l'objet d'un chapitre dans le présent mémoire.

L'Impériale, dans le cadre du présent mémoire, exprime les inquiétudes que suscite ce qu'elle tient pour d'importantes lacunes dans le Bill: concentration des pouvoirs publics excessive en vertu des dispositions de fond, délégation de pouvoirs extrêmement étendus accordée à un petit nombre de fonctionnaires et procédure inadéquate d'appel des décisions de la Commission de la concurrence (la Commission) instituée aux termes de la loi. En outre, l'Impériale soumet respectueusement ses propositions de modifications de la loi qui, sans pour autant en affaiblir la portée générale, remédieraient à ses faiblesses tout en atteignant les objectifs d'une politique de concurrence, soit une "économie canadienne flexible, adaptable et dynamique".

II

RÉSUMÉ ET RECOMMANDATIONSRésumé

L'effet conjugué des changements importants introduits par le Bill C-42 sera défavorable à l'économie canadienne, ce qui ne laisse pas d'inquiéter l'Impériale. La portée de la loi, les fréquents recoupements des dispositions relatives à la structure industrielle, les anomalies et les inéquités qui caractérisent la dichotomie des juridictions criminelles et civiles, ainsi que l'étendue des pouvoirs de la Commission de la concurrence (la Commission) qui peut imposer des mesures draconiennes, notamment le désaisissement, sans appel, constituent autant de menaces contre l'objectif que s'est fixé une économie canadienne "flexible, adaptable et dynamique".

Parmi les dispositions relatives à la structure industrielle, la nouvelle définition du "monopole" ne concernerait pas seulement un monopole au sens où on l'entend généralement, celui d'un vendeur unique, mais irait jusqu'à s'appliquer aux marchés locaux, où de très petites entreprises représentant moins de 50% du marché pourraient se voir accusées de monopolisation. Quant à la nouvelle disposition relative au "monopole conjoint", elle est sans précédent; elle est si générale que toute entreprise d'importance ou quelque firme que ce soit exploitant un marché qui ne comprend que quelques vendeurs, soit un "oligopole", peut faire l'objet d'une enquête. L'administrateur de la politique de la concurrence (l'Administrateur) pourrait, grâce aux clauses "générales", contester l'action d'un prétendu "monopole" ou celle d'un oligopole de vente qui, bien qu'il restreigne l'activité économique, ne lui nuit pas et peut difficilement être évité.

En outre, il est prévu que le "monopole" est un acte criminel, ce qui fait double emploi.

Par ailleurs, même les fusions relativement peu importantes sont placées devant une situation incertaine: est-ce qu'une demande d'enquête portée par l'Administrateur devant la Commission donnera lieu à une ordonnance de dissolution?

De surcroît, le bien-fondé de la distinction entre situations ou pratiques criminelles ou civiles n'est pas évident. C'est ainsi qu'un prix de vente discriminatoire de quantités de produits "analogues" constitue un acte criminel, alors qu'une semblable discrimination portant sur des quantités "différentes", relève du civil aux termes d'une nouvelle disposition relative à la "différenciation en matière de prix". Le fait de traiter de manière très différente des pratiques connexes ne manquera pas d'entraîner des anomalies et des inéquités.

De plus, le fait de prévoir l'examen des marchés d'oligopole au titre du "monopole conjoint", joint aux incertitudes que laissent planer certains articles relatifs aux pratiques de prix ne manquera pas d'entraîner une certaine rigidité dans la fixation des prix.

Les actions collectives et indirectes, à la lumière de l'expérience américaine, ne présentent, semble-t-il, que peu d'intérêt pour le consommateur tout en pénalisant le monde des affaires.

Le Bill C-42 délègue des pouvoirs étendus, en matière de structure industrielle, à un petit groupe de fonctionnaires, en l'occurrence l'Administrateur et la Commission. L'exercice de ces pouvoirs n'est pas suffisamment contrôlé car il n'est prévu ni appel ni révision du bien-fondé des décisions et des ordonnances prises par une Commission souveraine.

Recommandations principales

L'Impériale recommande d'apporter certains changements importants au Bill C-42 afin de trouver une solution à ces problèmes.

L'Impériale propose que l'on supprime entièrement la disposition sur le "monopole conjoint", étant donné qu'il est prévu dans le Bill d'autres dispositions pour réprimer tout comportement préjudiciable d'entreprises occupant une position dominante.

Il conviendrait également de supprimer la clause "générale" dans l'article relatif au "monopole" afin d'en limiter la portée aux comportements nettement préjudiciables. Il faudrait également abroger l'article 33 relatif au "monopole" criminel car il fait double emploi.

Afin de réduire le nombre de fusions mineures susceptibles d'être examinées, l'Impériale suggère l'instauration d'un double seuil pour toutes les fusions, notamment les fusions verticales et les conglomérats. Les fusions ne seraient examinées que si les entreprises qui en font partie possédaient plus de 20% du marché en question et si, en outre, le total de leur actif ou de leur chiffre d'affaires dépassait 20 millions de dollars.

Afin de lever l'incertitude causée par une dissolution toujours possible, l'Impériale propose que les parties à une fusion susceptible d'être examinée puissent en demander l'autorisation préalable et obligatoire à l'Administrateur assortie d'un délai d'un an au-delà duquel il ne pourra plus contester toute fusion sous le coup d'une procédure d'autorisation. Lorsqu'une rationalisation, fusion ou entreprise conjointe sera avantageuse pour l'économie, la procédure d'autorisation préalable obligatoire dissipera tout doute. De même, pour que la disposition favorisant les accords de spécialisation atteigne l'objectif de rationalisation souhaitable, l'Impériale suggère que ces accords puissent s'appliquer pendant au moins 10 ans et sans condition.

L'Impériale propose en outre que les prix discriminatoires et la différenciation en matière de prix soient considérés comme une seule et même pratique susceptible d'être examinée, relevant de la justification des coûts proposée dans l'article du Bill relatif à la différenciation. Par ailleurs, l'Impériale recommande que les systèmes de prix systématique à la livraison ou des points de parité soient examinés par la Commission et non considérés comme des actes criminels.

Il est suggéré qu'en matière d'"enquêtes générales", l'Administrateur rende compte à la Commission plutôt qu'au ministre, ce qui lui permettrait de donner à toutes les parties en cause l'occasion de se faire entendre avant de recommander la législation qu'elle juge appropriée au Gouverneur en Conseil. La procédure générale d'enquête devrait être utilisée lorsque le Ministre ou l'Administrateur souhaite examiner les effets d'une structure industrielle en l'absence de motifs permettant de procéder à une enquête régulière. Cette procédure générale devrait servir à traiter les questions relevant de l'article relatif au monopole conjoint et de la clause "générale" du même article que l'Impériale propose de supprimer.

Enfin, lorsqu'une importante restructuration d'une entreprise ou d'une industrie s'avère nécessaire, la Commission devrait faire une recommandation au Gouverneur en Conseil au lieu d'émettre une ordonnance. Les fusions de haut niveau, le monopole et le monopole conjoint (à condition que le Bill le conserve), ainsi que les accords de spécialisation, devraient être soumis à cette procédure.

Pour ce qui est des autres questions devant être examinées, il est suggéré que le Ministre permette à un comité composé de cinq membres de la Commission de procéder à un examen et, à sa discrétion, à une nouvelle audition.

Autres recommandations

L'Impériale a fait porter son effort sur les dispositions du Bill C-42 qui intéressent le plus les affaires et l'économie ou sur celles qui font partie du domaine des connaissances et de la compétence de la compagnie. L'absence de commentaires de sa part sur une disposition donnée ne signifie pas automatiquement qu'elle l'appuie.

Dans son mémoire, l'Impériale formule ses recommandations sur le libellé particulier des articles du Bill relatifs à la structure industrielle, aux pratiques de prix, aux actions collectives ainsi qu'à l'administration et aux appels.

Dans l'appendice qui fait suite à la présente introduction, on trouvera un résumé des recommandations de l'Impériale à l'égard du Bill C-42.

Nous espérons que ces suggestions seront utiles aux comités du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada auxquels s'adresse respectueusement le présent mémoire.

APPENDICERecommandations relatives au Bill C-42Article III.5-6MONOPOLE, MONOPOLE CRIMINEL ET MONOPOLE CONJOINTCLAUSE
"GÉNÉRALE"

1. Supprimer la clause "générale" de l'article 31.72(2)(a)(v) relatif au "monopole".

DISSOLUTION DE
MONOPOLE

2. Modifier le paragraphe (2)(e) de l'article 31.72 pour clarifier le sens des mots "lui enjoignant... de dissoudre le monopole".

DOUBLE EMPLOI AVEC
D'AUTRES DISPOSITIONS

3. Supprimer le paragraphe (2)(b) de l'article 31.72 qui fait double emploi avec la partie V et d'autres dispositions de la partie IV.1.

ABROGER MONOPOLE
CRIMINEL

4. Abroger l'article 33 relatif à l'infraction pénale qu'est le "monopole" afin que ce dernier relève uniquement du civil.

SUPPRIMER MONOPOLE
CONJOINT

5. Supprimer entièrement l'article 31.73 relatif au "monopole conjoint".

RECOMMANDATION DE LA
COMMISSION AU LIEU DE
L'ORDONNANCE

6. Dans les cas de "monopole" (et de "monopole conjoint", si cet article est retenu) la Commission, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait soumettre une recommandation au Ministre responsable, à l'instar de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger, et le Ministre, à son tour, formulerait une recommandation au Gouverneur en Conseil qui prendrait la décision finale et émettrait l'ordonnance.

ENQUÊTE GÉNÉRALE RELATIVE
AUX OLIGOPOLES

7. Prévoir dans l'article 47 intitulé "Enquêtes générales" une disposition prévoyant que l'Administrateur rende compte de toute enquête de ce genre devant la Commission et non devant le Ministre, et que la Commission soit habilitée, après avoir donné à toutes les parties intéressées l'occasion d'être entendues, à recommander la législation qu'elle juge appropriée au Gouverneur en Conseil. Il faudrait utiliser la procédure générale d'enquête pour étudier la possibilité de procéder à

une restructuration importante d'une industrie canadienne, allant, soit dans le sens d'un allègement de la concentration soit de la rationalisation des entreprises ou des usines de cette industrie. L'Administrateur aurait avantage à utiliser cette procédure lorsqu'il n'y a pas matière à déclencher une enquête dans les circonstances visées à l'article 8.

Article III.13-14-15

FUSIONS ET ENTREPRISES CONJOINTES

- "ACCROISSEMENT SENSIBLE DE L'EFFICACITÉ" 1. Il faudrait exiger une preuve moins contraignante pour établir la probabilité d'un "accroissement sensible de l'efficacité" future. Il faudrait supprimer dans le paragraphe (5) de l'article 31.71 les mots "peut vraisemblablement" et les remplacer par "probablement". Le libellé et le niveau de preuve se rapprocheraient ainsi des dispositions prévues dans le cas des accords de spécialisation. (Article 31.76(2)(a)).

LIMITE POUR TOUTES LES
FUSIONS: 20% ET 20
MILLIONS DE DOLLARS

2. Il conviendrait de renforcer la limite fixée aux fusions horizontales (article 31.71 (2)), soit 20% d'un marché pour les entreprises parties à la fusion et celles qui leur sont affiliées, en introduisant les deux mesures suivantes:

(1) On pourrait exiger que la valeur de l'actif ou le chiffre d'affaires des entreprises qui ont fusionné dépasse 20 millions de dollars pour que la fusion soit examinable;

(2) Toute fusion, verticale ou horizontale, ou tout conglomérat, doit être soumis à cette double condition.

AUTORISATION PRÉALABLE
OBLIGATOIRE

3. Dans le cas des fusions susceptibles d'être examinées, toute partie à la fusion devrait pouvoir demander à l'Administrateur une autorisation préalable obligatoire. Une telle autorisation, une fois accordée, devrait, d'une part, être correcte et,

d'autre part, fonction de toute production de faits matériels. L'Administrateur devrait être tenu d'accorder ou de refuser une autorisation préalable dans les 90 jours suivant réception d'une demande.

DATE LIMITE DE LA
CONTESTATION

4. Lorsqu'une autorisation préalable est refusée, l'Administrateur devrait disposer d'une année, après avoir pris connaissance d'une fusion ou d'un projet de fusion, pour la contester en soumettant une demande à la Commission.

EXAMEN DE L'INVESTISSEMENT
ÉTRANGER

5. Aux termes de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, les fusions devraient être soumises aux mêmes dispositions que d'autres fusions pour ce qui est de l'autorisation préalable et l'Administrateur devrait disposer d'un délai d'un an pour les contester.

LA COMMISSION FORMULE DES
RECOMMANDATIONS, NON DES
ORDONNANCES

6. Dans le cas de fusions examinées par la Commission, celle-ci, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait

soumettre une recommandation au Ministre responsable comme il est prévu dans le cas de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger.

Article III.20-21

ACCORDS DE SPÉCIALISATION

DURÉE

1. Prévoir aux paragraphes (2) et (7) de l'article 31.76 une disposition prévoyant que la Commission permette dans tous les cas la conclusion d'un accord de spécialisation pour une période d'au moins 10 ans ou de la longueur qu'elle juge appropriée. Nul n'est besoin de prévoir le cas d'une réduction des tarifs.

ÉCHANGE PRÉLIMINAIRE
D'INFORMATION

2. Ajouter à l'article 31.76 un nouveau paragraphe prévoyant que les parties qui envisagent de conclure un accord de spécialisation peuvent échanger des renseignements pertinents d'ordre technique et en matière de prix et procéder ensemble à des essais de production sans pour autant

violer l'une quelconque des dispositions de la partie V.

NOUVEAUX PRODUITS

3. Introduire dans l'article 31.76 une nouvelle disposition permettant aux parties de conclure un accord de spécialisation portant en tout ou en partie sur un nouveau produit qu'aucune des parties, au moment de la conclusion de l'accord, ne produisait.

RECOMMANDATION DE LA COMMISSION

4. Lorsqu'un accord de spécialisation fait l'objet d'un examen de la Commission, celle-ci, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait soumettre une recommandation au Ministre responsable comme il est prévu dans le cas de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger.

Article IV.4-5-6-7

RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES DE PRIX

Recommandations relatives aux prix de vente discriminatoires

COMPÉTENCE CIVILE POUR LES PRIX DISCRIMINATOIRES

1. Abroger l'article 34 portant sur l'acte criminel que constitue un prix de vente

discriminatoire relativement à des quantités de produits "analogues" et le remplacer par des dispositions civiles pertinentes prévoyant l'examen par la Commission des pratiques décrites aux paragraphes (a), (b) et (c) de l'article 34(1).

PRIX DE VENTE
DISCRIMINATOIRES:

2. Procéder aux changements suivants relativement à la pratique des prix de vente discriminatoires entre les personnes actuellement visées à l'article 34(1)(a):

--SUPPRIMER "ULTIMATE"

- (1) (Observation ne s'appliquant qu'à la version anglaise)
Supprimer le mot "ultimate" chaque fois que l'expression "same ultimate customers" figure dans le texte.

--AJOUTER "ACCORD DE VENTE"

- (2) Introduire dans l'article 34(1)(a) et 34(2) une disposition prévoyant un "accord de vente".

--PREUVE DU PRÉJUDICE

- (3) Prévoir une disposition aux termes de laquelle il n'y a pas de distinction injuste s'il n'en découle pas un affaiblissement sensible de la position concurrentielle de l'acheteur défavorisé.

--JUSTIFICATION DES COÛTS

- (4) Introduire une clause semblable à celle de l'article 31.77(2) relative à la différenciation en matière de prix et prévoyant que la Commission ne puisse émettre d'ordonnance interdisant cette pratique si le fournisseur le convainc que cette dernière, par suite d'une évaluation raisonnable du coût réel ou prévisible, découle de la variation des quantités livrées et des conditions de livraison.

EXAMEN CIVIL EN MATIÈRE
DE PRIX DE VENTE
DISCRIMINATOIRE PAR RÉGION

3. Procéder aux changements appropriés, pour ce qui est du prix de vente discriminatoire par région présentement visé à l'article 34(1)(b), comme dans le cas de l'article 34(1)(a),

afin de prévoir un examen
par la Commission et une
justification des coûts.

VENTE À BAS PRIX:

4. Procéder aux modifications
suivantes pour ce qui est
de la vente à bas prix ac-
tuellement visée à l'article
34(1)(c):

--SUPPRIMER "ANORMALEMENT",
REEMPLACER PAR
"DÉRAISONNABLEMENT"

- (1) Supprimer le mot
"anormalement" et le
remplacer par "déraison-
nablement" pour que le
texte soit de nouveau
ainsi libellé "à des
prix déraisonnablement
bas";

--EXAMEN CIVIL

- (2) Prévoir un examen par
la Commission.

COMPÉTENCE CIVILE POUR
LES REMISES
PROMOTIONNELLES

5. Abroger l'article 35 rela-
tif aux actes criminels
concernant les remises
discriminatoires à des fins
promotionnelles, et le rem-
placer par une disposition
civile prévoyant l'examen
par la Commission.

DIFFÉRENCIATION EN
MATIÈRE DE PRIX:
SUPPRIMER "OCCUPE UNE
POSITION IMPORTANTE SUR
UN MARCHÉ"

6. Supprimer les mots "occupe
une position importante sur
un marché" de l'article
31.77(1)(b) relatif à la
"différenciation en matière
de prix".

Recommandations relatives à la pratique systématique de prix à la livraison

COMPÉTENCE CIVILE

1. Supprimer l'article 38.1 qui fait de la "pratique systématique de prix à la livraison" un acte criminel.

"SYSTÈME" DU PRIX À LA LIVRAISON OU DU POINT DE PARITÉ

2. Prévoir qu'un "système de prix à la livraison ou de point de parité qui affaiblit de manière sensible la concurrence sur un marché" fasse l'objet d'un examen par la Commission sur demande de l'Administrateur.

PRODUIT SÉPARÉ

3. Préciser ce que l'on entend par produit séparé dans le cas d'un article (voir article 31.2(2)).

Article V.2

ACTIONS COLLECTIVES

AVIS

1. Chaque membre du groupe devrait être averti de l'engagement des poursuites et qu'il peut y être associé, en remplissant une simple formule qu'il envoie au tribunal.

POURSUITE DE L'ACTION
COLLECTIVE

2. L'article 39.12 qui traite de la poursuite d'une action collective devrait être étoffé afin de permettre à la cour ou d'exiger d'elle l'examen d'un nombre de motifs plus important.

FRAIS DE JUSTICE

3. Les règles habituelles en matière de frais de justice devraient s'appliquer à tous les aspects d'une action collective; s'il y a de l'intérêt public que le groupe de demandeurs et leurs avocats reçoivent une aide financière, celle-ci devrait être puisée à même les fonds prévus par le Parlement pour l'application de la Loi sur la concurrence.

SUPPRIMER L'ACTION
INDIRECTE

4. La procédure de l'action indirecte devrait être abrogée car elle est inutile et de nature pénale.

Article VI.2-3ADMINISTRATION ET PROCÉDUREAPPLICATION PRÉLIMINAIRE:
AVIS;
DEMANDE DE MEMBRE
PERMANENT

1. Introduire dans l'article 31.91 une disposition prévoyant que lorsque l'Administrateur demande la

permission de faire une demande au titre de l'un des articles 31.2 à 31.77, toute personne contre laquelle la demande est dirigée en soit notifiée de la même façon qu'à l'article 29 qui traite des injonctions provisoires et que la demande soit entendue par un membre permanent et non associé de la Commission.

MAJORITÉ DE MEMBRES
PERMANENTS DE LA
COMMISSION

2. Introduire dans l'article 16.2 une disposition prévoyant que la Commission soit en tout temps composée de membres permanents en majorité.

INTERROGATOIRES ORAUX

3. C'est un membre de la Commission et non une personne chargée de l'audition qui devrait présider à tout interrogatoire oral d'un témoin.

REPRÉSENTATION PAR
AVOCAT

4. Il n'y a pas lieu de modifier l'article 20 qui permet actuellement à toute personne qui fait l'objet d'un examen de se faire représenter par un avocat

lorsqu'un témoin est interrogé sous serment.

RAPPORT À LA COMMISSION
SUR L'ENQUÊTE GÉNÉRALE

5. Il convient de conserver le système actuel des enquêtes générales en vertu de l'article 47 qui permet à l'Administrateur de soumettre son rapport à la Commission qui tiendra des audiences auxquelles les parties intéressées peuvent assister et de fournir une preuve à la suite de quoi la Commission fera rapport au Ministre.

Article VI.1

SECRET PROFESSIONNEL

L'ADMINISTRATEUR DOIT
SUIVRE LA PROCÉDURE

1. Il faudrait modifier l'article 10.1(1) pour qu'il soit bien clair que l'Administrateur ou son représentant doit, soit suivre la procédure prescrite, soit s'abstenir d'examiner, reproduire ou prendre tout document à l'égard duquel est invoqué le privilège du secret professionnel.

LE PROPRIÉTAIRE PEUT
REPRODUIRE DES DOCUMENTS

2. Il faudrait prévoir que le propriétaire du document en obtienne copie en attendant que le tribunal se prononce sur le secret professionnel.

Article VI.6-7

INFORMATHEQUE

QUELS DOCUMENTS
CONSERVER

1. L'alinéa (1) de l'article 10.2(1) devrait être modifié de façon que les seuls renseignements stockés dans une informathèque et la seule procédure à suivre pour extraire les données que doit conserver le propriétaire soient ceux que l'on utilise dans le cadre des opérations commerciales ordinaires.

REMBOURSEMENT DES
COÛTS

2. Il faudrait rembourser au propriétaire des données les coûts exposés pour fournir à l'Administrateur un état imprimé ou autre exemplaire des renseignements stockés dans l'informathèque.

LE PROPRIÉTAIRE PEUT
REPRODUIRE

3. Le propriétaire des données devrait avoir le droit de reproduire celles-ci avant que l'Administrateur ne les saisisse.

Article VI.9

ACTIVITÉ RÉGLEMENTÉE

CONDITION UNIQUE
D'EXEMPTION

1. Les conditions prévues aux alinéas (b) et (c) de la définition de l'"activité réglementée" de l'article 4.5(2) est excessive et peu réaliste; la condition prévue à l'alinéa (a) devrait venir seule et être ainsi libellée: "l'activité a été expressément prescrite ou autorisée par une autorité administrative qui n'a pas été élue ni nommée par les personnes intéressées".

Article VI.11-12

APPELS ET RÉVISION DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

LA COMMISSION DOIT
FORMULER DES
RECOMMANDATIONS, NON
DES ORDONNANCES

1. Il conviendrait d'adopter une procédure semblable à celle prévue pour la Loi sur l'examen de l'investissement étranger (FIRA) pour

les articles visant la
structure:

31.71 (Fusion)

31.72 (Monopole)

31.73 (Monopole conjoint)

et 31.76 (Accords spéciaux).

RÉVISION DES DÉCISIONS
DE LA COMMISSION

2. Il conviendrait de prévoir, avec l'accord du Ministre, une procédure de révision des décisions prises par la Commission par un comité spécial dans le cas des pratiques qui peuvent être examinées.

III

STRUCTURE INDUSTRIELLEA. LES EXCÈS DE LA CONCENTRATIONObjet et portée du Bill

Le Bill C-42 étendrait considérablement les pouvoirs du gouvernement de remettre en question et de réorienter la structure de l'industrie canadienne. Les dispositions de fond relatives à la structure industrielle peuvent être classées en plusieurs groupes qui seront examinés dans le présent chapitre du mémoire:

- (1) monopole, monopole criminel et monopole conjoint;
- (2) fusions et entreprises conjointes;
- (3) accords de spécialisation.

En dehors de l'acte criminel que constitue le "monopole", toutes les questions présentées dans ces trois groupes peuvent être examinées par la Commission à la demande de l'Administrateur de la politique de la concurrence (l'Administrateur). Les pouvoirs de la Commission pour ordonner des "recours" dans le cas de situations ou de comportement contrevenant à la loi sont extrêmement étendus, allant de la dissolution d'une fusion ou d'un monopole jusqu'au désaisissement d'éléments de l'actif.

Le préambule et l'objet du Bill C-42 suivent de près ceux qui sont énoncés dans le rapport Skeoch-McDonald qui posait en prémisses de la politique de concurrence "la création et le maintien d'une économie canadienne flexible, adaptable et dynamique".¹

1. Lawrence A. Skeoch and Bruce C. McDonald, Dynamic Change and accountability in a Canadian market economy, Ottawa, 1976, p. 42.

Dans le préambule du Bill, toutefois, il y a une directive que l'on ne trouve pas dans le rapport Skeoch-McDonald, soit "décourager la concentration inutile". Le Bill se propose donc d'arrêter les mesures favorables à l'épanouissement d'une économie dynamique et souple tout en témoignant quelque inquiétude de voir s'introduire des éléments monopolistiques dans une structure industrielle concentrée.

L'Impériale estime que les effets d'une concentration des ventes ou d'éléments d'actif entre les mains d'un petit groupe d'entreprises est un facteur inévitable dans le contexte canadien si l'on veut réaliser des économies de production sur une grande échelle et un rendement industriel élevé. La plupart des industries de ressources et de transformation sur lesquelles se fonde l'économie canadienne sont concentrées, formant des structures d'oligopole, c'est-à-dire une situation dans laquelle un petit groupe d'entreprises occupe une grande part des marchés de vente nationaux. Voici, à titre d'exemple, quelques secteurs illustrant l'importance de ce type de structure de marché au Canada: métallurgie, automobile, matériel agricole, ciment, pétrole, pétrochimie, matériel électrique et électronique, extraction et raffinage des métaux de base.

Toute attaque inconsidérée ou doctrinaire des structures d'une industrie pourrait donc exercer des effets extrêmement néfastes sur les résultats d'une économie qui ne s'appuie pas sur un marché national suffisamment important pour qu'un grand nombre d'entreprises s'y épanouissent. Etant donné que le marché canadien est beaucoup plus petit que celui des Etats-Unis, il faut s'attendre à y trouver un niveau de concentration plus élevé dans de nombreuses industries. On ne peut utiliser les critères américains et toute tentative de comparaison en vertu du principe du "découragement de la concentration inutile" peut compromettre les efforts déployés par le Canada pour lutter contre la concurrence étrangère sur les marchés intérieurs et étrangers. Une initiative inconsidérée qui se proposerait de créer une structure industrielle composée d'un grand nombre de petites unités

pourrait bien entraîner une baisse de productivité et une hausse du chômage. Malheureusement, le Bill C-42 donnerait à l'Administrateur les moyens de lancer une telle attaque contre la structure concentrée des industries canadiennes, voire l'y inciterait.

Action appropriée: Rapport du Conseil économique et rapport Skeoch

Dans ces conditions, comment peut-on mettre un terme aux abus du pouvoir de concentration? L'Impériale reconnaît la légitimité du souci que suscitent des entreprises qui abusent de leur position dominante sur des marchés concentrés. L'opposition aux dispositions de fond du Bill C-42 procède simplement du fait qu'elles vont bien au-delà des recommandations présentées tant dans le rapport Skeoch-McDonald que dans le rapport provisoire sur la politique de concurrence présenté par le Conseil économique du Canada.

Le Conseil économique a souligné les risques de "pouvoir de marché puissant, faible pression concurrentielle, inefficacité et répartition insuffisante", lorsque la concentration est forte. Toutefois, après avoir soigneusement étudié la question, le Conseil n'a pas prévu de dispositions spéciales pour résoudre le problème que posent les monopoles et les entreprises dominantes. Il proposait plutôt que le fait d'atteindre une position dominante sur un marché ou d'y exercer un monopole, soit par fusion soit en pratiquant des méthodes commerciales discriminatoires envers la concurrence, devait être étudié et débattu librement et que l'on pourrait recourir aux enquêtes générales et à des lois spéciales dans les cas extrêmes de situation dominante ou de monopole. Le principe du "monopole", acte criminel devrait être abrogé.¹

Le rapport Skeoch-McDonald portait particulièrement sur la difficulté de mettre sur pied des moyens de démanteler les puissants centres de monopole actuels. En outre, il serait difficile de les appliquer objectivement. De plus, de grandes entreprises peuvent être source

1. Interim Report on Competition Policy, par le Conseil économique du Canada, pp. 79-81, 128-9, 130.

d'économies d'échelle et, dans de petits pays, "efficacité et pouvoir vont souvent de pair". Les grandes entreprises sont souvent indispensables pour exploiter efficacement les marchés internationaux. En outre, le fait de démanteler de grandes entreprises fructueuses peut être d'autant plus néfaste que le désir de croissance est un facteur de prospérité économique. Enfin, les auteurs du rapport considéraient que l'interdiction de l'abus de monopole contribuerait à éliminer les excès commis par les grandes entreprises. En conséquence, le rapport Skeoch-McDonald, admettant que toute restriction artificielle sur un marché pouvait se justifier ou être compensée par des économies en coût réel découlant de cette pratique, recommandait que "l'abus de position dominante" puisse être examiné.¹

Pouvoirs étendus sur la structure industrielle

On peut attaquer la concentration des pouvoirs sur un marché de bien des façons, aux termes des dispositions du Bill C-42. Ou bien tout acte préjudiciable est interdit, ou bien il fait l'objet d'un examen de la Commission en vertu des dispositions concernant les diverses formes que revêt la vente à des prix abusifs, qui seront examinées dans le chapitre IV du présent mémoire. Néanmoins, le Bill C-42 s'appuie beaucoup plus que le Conseil économique et le rapport Skeoch-McDonald sur plusieurs importantes dispositions relatives à la structure industrielle, dont la portée est étendue et qui se recoupent. En outre, dans certains articles traitant de situations de monopole tombant sous le coup de la loi, des clauses "générales" porteraient sur des actes qui ne sont ni évitables ni préjudiciables.

La portée générale et l'incidence possible sur l'économie de l'effet conjugué qu'exercent ces dispositions de fond, très larges, les pouvoirs étendus de la Commission pour ordonner désaisissement ou restructuration de l'industrie, le pouvoir qu'a l'Administrateur de choisir des entreprises importantes ou implantées sur des marchés

1. Skeoch-McDonald Report, pp. 148-9, 156-7.

concentrés pour les soumettre à une enquête, joint à l'absence d'une procédure satisfaisante de révision du bien-fondé d'une décision ou d'une ordonnance de la Commission ne laissent pas d'inquiéter. L'administration de la politique de concurrence et la procédure d'appel feront l'objet du chapitre VI. Les dispositions particulières relatives à la structure industrielle seront examinées en détail dans le présent chapitre.

B. MONOPOLE, MONOPOLE CRIMINEL ET MONOPOLE CONJOINT

Recommandations

CLAUSE
"GÉNÉRALE"

1. Supprimer la clause "générale" de l'article 31.72(2) (a)(v) relatif au "monopole".

DISSOLUTION DE
MONOPOLE

2. Modifier le paragraphe (2) (e) de l'article 31.72 pour clarifier le sens des mots "lui enjoignant... de dissoudre le monopole".

DOUBLE EMPLOI AVEC
D'AUTRES DISPOSITIONS

3. Supprimer le paragraphe (2) (b) de l'article 31.72 qui fait double emploi avec la partie V et d'autres dispositions de la partie IV.1.

ABROGER MONOPOLE
CRIMINEL

4. Abroger l'article 33 relatif à l'infraction pénale qu'est le "monopole" afin que ce dernier relève uniquement du civil.

SUPPRIMER MONOPOLE
CONJOINT

5. Supprimer entièrement l'article 31.73 relatif au "monopole conjoint".

RECOMMANDATION DE LA
COMMISSION AU LIEU DE
L'ORDONNANCE

6. Dans les cas de "monopole" (et de "monopole conjoint", si cet article est retenu) la Commission, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait soumettre une recommandation au Ministre responsable, à l'instar de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger, et le Ministre, à son tour, formulerait une recommandation au Gouverneur en Conseil qui prendrait la décision finale et émettrait l'ordonnance.

ENQUÊTE GÉNÉRALE RELATIVE
AUX OLIGOPOLES

7. Prévoir dans l'article 47 intitulé "Enquêtes générales" une disposition prévoyant que l'Administrateur rende compte de toute enquête de ce genre devant la Commission et non devant le Ministre, et que la Commission soit habilitée, après avoir donné à toutes les parties intéressées l'occasion d'être entendues, à recommander la législation

qu'elle juge appropriée au Gouverneur en Conseil. Il faudrait utiliser la procédure générale d'enquête pour examiner la possibilité de procéder à une restructuration importante d'une industrie canadienne, allant, soit dans le sens d'un allègement de la concentration soit de la rationalisation des entreprises ou des usines de cette industrie. L'Administrateur aurait avantage à utiliser cette procédure lorsqu'il n'y a pas matière à déclencher une enquête dans les circonstances visées à l'article 8.

Portée considérable de la définition du monopole

Le Bill C-42 contient deux définitions différentes du "monopole". La définition de l'article 33, celle du monopole criminel est plus large en ce sens qu'elle peut comprendre les personnes non affiliées, alors que la définition de l'article 31.72, celle du "monopole civil", est différente et ne porte que sur les personnes affiliées. Toutefois, cette dernière définition peut couvrir un groupe plus important de petites entreprises. Aucune de ces deux définitions ne concerne un "monopole" pur tel que l'entendent généralement les économistes, soit un vendeur unique sur un marché. La raison pour laquelle la même loi comprend deux définitions différentes dans deux articles distincts n'est pas claire.

La définition du "monopole", acte criminel, est donnée en ces termes:

"33(1) Aux fins du présent article, le terme "monopole" désigne une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, sensiblement, dans tout le Canada ou quelque'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes."

Etant donné que l'on peut inclure dans ces définitions plusieurs personnes qui ne sont pas affiliées, elles recourent la situation du "monopole conjoint" dans laquelle "un petit nombre de personnes qui ne sont pas toutes affiliées entre elles ... parviennent à contrôler sensiblement ou tentent de le faire dans tout le Canada ou dans une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle elles se livrent ... ". (Article 31.73(1).)

La définition du "monopole" civil est donnée en ces termes:

"31.72(1) Aux fins du présent article, "monopole" désigne une situation dans laquelle une personne ou plusieurs personnes qui sont affiliées ... contrôlent, sensiblement dans tout le Canada ou quelque'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes."

"31.72(5) Il est précisé qu'une personne ou plusieurs personnes contrôlant moins de cinquante pour cent de la catégorie ou de l'espèce d'entreprise où elles exercent leur activité peuvent, aux fins du paragraphe (1), contrôler sensiblement l'ensemble du secteur en question."

Contrairement au caractère pénal de la définition de l'article 33 (1), la définition du "monopole", délit civil, stipule qu'une ou plusieurs personnes peuvent constituer un "monopole" même si elles représentent moins de 50% d'une catégorie d'entreprise. Quel que soit le critère, il semblerait qu'une entreprise ne représentant qu'une portion relativement faible d'une catégorie d'entreprise puisse être qualifiée de "monopole". L'article va même plus loin puisqu'il s'applique également aux personnes qui "tentent de contrôler" le marché. Même les

participants mineurs d'une certaine catégorie d'entreprise peuvent faire l'objet d'une enquête s'ils aspirent à atteindre une position de "monopole", au sens où l'entend cette définition, et agissent en conséquence.

Etant donné la portée de ces définitions, il faut en conclure qu'un "monopole", au sens du Bill C-42, ne se limite pas à l'espèce rare que constitue un vendeur unique sur un marché.

Par ailleurs, la portée de la définition civile est criticable en grande partie à cause de l'introduction d'une clause "générale", celle de l'article 31.72(2)(a)(v). Encore que l'on puisse difficilement critiquer le législateur d'avoir introduit certains abus déclarés de position de monopole, soit un comportement qui restreint l'accès à un marché, interdit à un concurrent d'accéder aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés d'un produit, ou bien élimine un concurrent ou le force à subir sa loi, l'article prévoit également un comportement qui a pour effet de "réduire l'activité économique". Ces mots sont extrêmement vagues et il est difficile d'en cerner les limites. On pourrait très bien comprendre qu'il s'agit de limiter l'expansion d'un concurrent, ou encore qu'il est question des résultats normaux d'une activité de concurrence. On pourrait encore les interpréter dans le sens d'une production réduite alors que les circonstances favorisent une concurrence pure ou parfaite. Une telle clause est fondamentalement criticable en ce sens que ce comportement peut être inévitable et inoffensif.

Par conséquent, il est recommandé de supprimer l'article 31.72(2)(a)(v) du Bill.

En outre, les dispositions de l'article sur le monopole portent sur un comportement qui peut soit faire l'objet d'une enquête, soit être criminel au titre d'autres dispositions de la loi (article 31.72(2)(b)); cela pourrait donner lieu à des situations où des personnes

pourraient être condamnées à des peines pénales tout en faisant l'objet d'une ordonnance de la Commission. L'article 31.72(2)(b) est donc superflu et criticable et doit être supprimé.

De plus, même si l'Administrateur ne demande pas que la Commission rende une ordonnance contre une personne au titre de l'article relatif soit au "monopole" soit au "monopole conjoint", si les poursuites sont déjà entamées contre cette personne au titre de l'article 33 (cf. articles 31.72(3)(b) et 31.73(4)(b)), rien n'empêche des tiers de déclencher des poursuites ou une action collective contre cette personne et d'invoquer un comportement criminel au titre de l'article 33. C'est ainsi qu'une personne pourrait bien se voir poursuivie au titre des deux articles, le criminel et le civil, pour le même comportement, et peut-être condamnée dans les deux cas.

Enfin, les mesures que peut prendre la Commission, si, après enquête, elle conclut qu'il s'agit bien d'un cas de "monopole", sont vagues et générales. En vertu de l'article 31.72(2)(e), la Commission peut, si elle est convaincue de l'insuffisance d'autres mesures, émettre une ordonnance enjoignant toute personne "de dissoudre le monopole ou d'en réduire la portée ou de se départir, suivant les modalités prévues par l'ordonnance, de la partie de son entreprise ou de ses éléments d'actif qui y est indiquée". Le sens de l'expression "dissoudre un monopole" n'est pas clair. Bien que l'on voie facilement les mesures à prendre pour dissoudre une fusion, il n'en est pas moins difficile de savoir que faire en dehors du désaisissement des éléments d'actif auquel il est fait allusion. Il est recommandé de clarifier le libellé de cet article.

Au total, les dispositions civiles et criminelles régissant les prétendus "monopolisation" et "monopole" sont source d'incertitude en raison des définitions différentes que donnent les deux articles de la clause "générale" de l'article relatif à la monopolisation, du chevauchement possible des procédures criminelles et civiles et du manque de clarté quant à la décision de la Commission.

Plus important encore est le fait qu'il soit prévu une sanction pénale alors qu'il a été ajouté une disposition civile pour des raisons sensiblement analogues. Il faut en justifier le bien-fondé. L'acte criminel que représente une "fusion" a été à juste titre supprimé du Bill C-42 et remplacé par une disposition civile. En revanche, le fait d'avoir retenu le "monopole" comme acte criminel, lequel, à un moment donné, était prévu aux côtés de l'infraction que représente une "fusion" dans le même article de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, n'a pas été justifié. La différence entre la juridiction criminelle et civile, inappropriée et insuffisamment fondée, concerne surtout les pratiques en matière de prix et fera l'objet de commentaires plus détaillés dans le chapitre IV. A ce propos, il est recommandé d'abroger l'acte criminel que constitue le monopole à l'article 33, lequel, en outre, n'a jamais été un moyen de défense efficace de l'intérêt public.

Inutilité du "monopole conjoint"

Presque toute entreprise importante dont le nombre de concurrents sur le marché intérieur est réduit peut se voir accusée de "monopole conjoint" au titre de l'article 31.73, quel que soit son comportement. En marché d'oligopole, en raison de leur petit nombre, les entreprises doivent généralement reconnaître qu'elles sont étroitement dépendantes les unes des autres. Elles sont en outre généralement forcées de suivre "une action étroitement parallèle ou un comportement très semblable". A titre d'exemple, si leurs produits sont mis en vente sur le même marché, tout vendeur doit lutter contre un prix inférieur consenti par un concurrent ou risquer de perdre des clients. Si la demande est forte et les coûts en hausse, tout vendeur qui ne suit pas un concurrent qui augmente ses prix risque de perdre de l'argent. Lorsqu'un vendeur fait de la publicité sur un marché, normalement ses concurrents doivent faire de même.

La principale objection retenue contre le libellé de l'article du Bill C-42 relatif au "monopole conjoint" vient du fait qu'il contient

deux clauses "générales", soit les alinéas (e) et (f) de l'article 31.73(1) qui compromettent les activités d'un oligopole de fourniture restreignant d'une quelconque manière l'activité économique. La situation est la même dans l'article relatif à la "monopolisation". On peut lui faire dire qu'il prévoit un comportement normal et qu'il n'est pas besoin de prouver le tort subi.

Pour autant que l'Impériale sache, aucune loi antitrust, de quel pays que ce soit, ne prévoit de disposition en matière de "monopole conjoint" ou d'oligopole. L'objection fondamentale à son introduction au Canada vient de ce qu'il est inutile de prévoir un article relatif au "monopole conjoint" pour empêcher ou restreindre des entreprises dont le comportement oligopolistique est préjudiciable. Si cet article était supprimé, il n'en serait pas moins possible d'interdire en vertu de l'article consacré au monopole tout comportement à quiconque a "tenté ou tente de créer ou de consolider un monopole ou d'étendre un pouvoir monopolisateur à un autre marché ... ". Les types de comportement énumérés --restreindre l'accès à un marché, interdire à un concurrent l'accès aux sources d'approvisionnement, éliminer un concurrent ou lui imposer sa loi-- s'appliqueraient à la plupart des abus découlant de la puissance d'une entreprise oligopolistique sur un marché. D'autres types de comportement abusif pouvant découler d'une situation d'oligopole seraient interdits en vertu des diverses dispositions relatives aux prix abusifs et au refus de vendre. Par conséquent, l'article relatif au monopole conjoint est inutile et nous recommandons fortement sa suppression.

Recommandation de la Commission

Dans le chapitre VI du présent mémoire, l'Impériale, après avoir examiné la question de la procédure d'appel des décisions et ordonnances de la Commission, suggère que, lorsque cela peut donner lieu à une importante restructuration d'une industrie, la Commission n'émette pas d'ordonnance et soit habilitée à formuler des recommandations au Ministre

responsable qui, à son tour, soumettrait une recommandation au Gouverneur en Conseil qui prendrait la décision finale et émettrait l'ordonnance. Cette procédure est celle que suit l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger. Il est suggéré que, dans la Loi sur la concurrence, la procédure s'applique à tous les cas de "monopole", "monopole conjoint" (si ce dernier est retenu dans le Bill), fusions et accords de spécialisation.

"Enquête générale" en cas de situation d'oligopole

Compte tenu des autres recours prévus dans la présente loi, il est possible que l'Administrateur ne recoure uniquement à l'article relatif au monopole conjoint que lorsqu'il étudie la possibilité de procéder à une restructuration importante d'une industrie comme moyen de "décourager toute concentration inutile". Cette question est suffisamment importante pour ne pas être confiée à des fonctionnaires mais plutôt au Parlement pour qu'il légifère. En conséquence, il est recommandé que lorsqu'une réorganisation de la structure d'une industrie sur un ou plusieurs marchés est prévue, le Ministre ou l'Administrateur soit habilité à ouvrir une enquête aux termes des dispositions relatives à l'enquête générale (article 47). Il est également important qu'une audience publique soit prévue en même temps pour que les parties en cause puissent présenter leur cas. Nous suggérons donc que la Commission soit chargée de recueillir ces témoignages et qu'elle recommande ensuite au Ministre la législation ou les mesures qu'elle juge utiles.

C. FUSIONS ET ENTREPRISES CONJOINTES

Recommandations

"ACCROISSEMENT SENSIBLE
DE L'EFFICACITÉ"

1. Il faudrait exiger une preuve moins contraignante pour établir la probabilité

d'un "accroissement sensible de l'efficacité" future.

Il faudrait supprimer dans le paragraphe (5) de l'article 31.71 les mots "peut vraisemblablement" et les remplacer par "probablement". Le libellé et le niveau de preuve se rapprocheraient ainsi des dispositions prévues dans le cas des accords de spécialisation. (Article 31.76(2)(a)).

LIMITE POUR TOUTES LES
FUSIONS: 20% ET 20
MILLIONS DE DOLLARS

2. Il conviendrait de renforcer la limite fixée aux fusions horizontales (article 31.71 (2)), soit 20% d'un marché pour les entreprises parties à la fusion et celles qui leur sont affiliées, en introduisant les deux mesures suivantes:

- (1) On pourrait exiger que la valeur de l'actif ou le chiffre d'affaires des entreprises qui ont fusionné dépasse 20 millions de dollars pour que la fusion soit examinable;

- (2) Toute fusion, verticale ou horizontale, ou tout

conglomérat, doit être soumis à cette double condition.

AUTORISATION PRÉALABLE
OBLIGATOIRE

3. Dans le cas des fusions susceptibles d'être examinées, toute partie à la fusion devrait pouvoir demander à l'Administrateur une autorisation préalable obligatoire. Une telle autorisation, une fois accordée, devrait, d'une part, être correcte et, d'autre part, fonction de toute production de faits matériels. L'Administrateur devrait être tenu d'accorder ou de refuser une autorisation préalable dans les 90 jours suivant réception d'une demande.

DATE LIMITE DE LA
CONTESTATION

4. Lorsqu'une autorisation préalable est refusée, l'Administrateur devrait disposer d'une année, après avoir pris connaissance d'une fusion ou d'un projet de fusion, pour la contester en soumettant une demande à la Commission.

EXAMEN DE L'INVESTISSEMENT
ÉTRANGER

5. Aux termes de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, les fusions devraient être soumises aux mêmes dispositions que d'autres fusions pour ce qui est de l'autorisation préalable et l'Administrateur devrait disposer d'un délai d'un an pour les contester.

LA COMMISSION FORMULE DES
RECOMMANDATIONS, NON DES
ORDONNANCES

6. Dans le cas de fusions examinées par la Commission, celle-ci, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait soumettre une recommandation au Ministre responsable comme il est prévu dans le cas de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger.

Compétence civile

Le changement de juridiction sera le bienvenu car il fournit les moyens d'évaluer les incidences économiques et publiques des fusions. En abrogeant la disposition pénale actuelle en matière de fusions, on supprimera une sanction que l'on peut difficilement qualifier de dissuasive si l'on se réfère à la jurisprudence. Il en résultera un contrôle public plus efficace des fusions.

Directives et instructions à la Commission

L'instruction qui fait obligation à la Commission, aux termes des paragraphes (5) et (7) de l'article 31.71, de donner la priorité absolue à une fusion à laquelle on doit une "efficacité sensiblement accrue" que l'on ne pourrait autrement atteindre, à condition qu'elle n'engendre pas une domination du marché, revêt une importance primordiale. Cette disposition annonce une politique qui revient à utiliser les fusions comme moyen d'accroître l'efficacité de l'industrie canadienne par le biais de la rationalisation.

L'Impériale attache une importance particulière à cette directive car elle a trait aux entreprises conjointes qui sont actuellement clairement prévues dans l'article relatif à la fusion dont la définition comprend une "acquisition d'intérêts ou prise de contrôle ..." (article 31.71(1)). Dans la plupart des cas, les entreprises conjointes sont un moyen de partager les risques élevés que représente la mise en valeur de nouvelles ressources. Elles sont une source d'activité et exploitent de nouvelles sources d'approvisionnement, ce qui encourage la concurrence et contribue à l'efficacité de l'économie.

La portée de cette instruction est toutefois réduite à cause du niveau de preuve exigé lorsqu'on prévoit une "efficacité sensiblement accrue". Il semble excessivement difficile de prouver la "probabilité" de tels avantages; aussi est-il suggéré que la Commission se contente simplement d'une "possibilité", comme c'est le cas pour les accords de spécialisation (article 31.76(2)(a)).

Il est également prévu à l'article 31.71(4) quatorze directives permettant à la Commission de décider d'approuver ou non une fusion, et à quelles conditions. Parmi les critères retenus figurent les "tendances à la concentration", non seulement entre les parties à la fusion et leurs concurrents, mais également entre leurs fournisseurs et leurs consommateurs. Les directives devraient encourager la Commission à

empêcher la formation de toute fusion indésirable pouvant conduire à une situation de monopole ou de domination du marché peu souhaitable.

Au Canada, fusions et autres moyens de rationaliser la structure industrielle tiendront un rôle plus important au niveau de la stratégie économique nationale que dans une économie plus importante ou moins ouverte comme celle des États-Unis. Des industries canadiennes, afin d'être concurrentielles sur le plan mondial, doivent à l'occasion rationaliser leurs entreprises, installations et services, pour les amener au niveau international. La façon de voir et les doctrines étrangères devraient être passées au crible de l'analyse des conditions canadiennes au lieu d'être introduites dans la politique économique ou de concurrence canadienne sans l'ombre d'une critique.

Compte tenu de ces considérations, la disposition touchant la fusion permet aux pouvoirs publics d'exercer un contrôle suffisant sur les monopoles et les situations de domination naissants pour qu'il soit inutile de surcharger les dispositions relatives au monopole et au monopole conjoint.

Seuil des fusions

L'article 31.71(2) stipule que la fusion horizontale ne peut faire l'objet d'une enquête que si elle a pour effet immédiat de donner aux personnes parties à la fusion, et à celles qui lui sont affiliées, plus de 20% d'un marché. Ce seuil peut sembler bas en comparaison des 50% fixés dans le cas des complots internationaux (article 32.1(4)). Ce seuil de 50% est prévu pour "la production ou la fourniture au Canada" alors que celui de 20%, dans le cas d'une fusion horizontale, peut s'appliquer à un marché local. Dans ces conditions, ce seuil de 20% pourrait bien conduire des fusions réalisées par de toutes petites entreprises d'importance marginale, même dans la région où elles sont réalisées, à faire l'objet d'une enquête. Il est donc suggéré d'introduire un critère supplémentaire avant d'examiner le cas d'une fusion

horizontale, en fonction de l'actif combiné ou du chiffre de ventes des entreprises qui ont fusionné. Un seuil de 20% du marché joint à un actif ou un chiffre d'affaires de l'ordre de 20 millions de dollars devrait efficacement éliminer toute fusion négligeable de la liste d'enquête.

En outre, il n'y a aucune raison pour que l'on exempte d'enquête les petites fusions horizontales uniquement. Il est peu probable que des fusions verticales ou des conglomérats donnent lieu à un comportement anticoncurrentiel plus important que dans le cas de fusions horizontales de taille comparable. De fait, dans de nombreux cas, la concurrence peut même en retirer un certain profit. Nous suggérons donc que le double seuil de 20% du marché et de 20 millions de dollars d'actif ou de chiffre d'affaires s'applique à toutes les fusions et non aux fusions horizontales uniquement.

Autorisation préalable obligatoire

Si la Commission doit enquêter sur des fusions et entreprises conjointes d'envergure qui feront l'objet de mesures draconiennes telles que la dissolution et la cession d'éléments de leur actif, il est essentiel de concevoir un système permettant aux parties à une fusion de tenter d'obtenir une autorisation obligatoire préalablement à la fusion de leurs éléments d'actif.

Le rapport Skeoch-McDonald, dans un chapitre consacré à "l'autorisation préalable", estimait que le programme de soumission actuel est "un mal nécessaire plus qu'une vertu" et que ce besoin devrait disparaître si l'on fait passer la compétence juridictionnelle des tribunaux criminels à la Commission. Si l'on porte devant la Commission des cas stratégiques, ses décisions devraient permettre aux hommes d'affaires et à leurs conseillers de voir eux-mêmes ce qu'il leur est permis de faire. Toutefois, étant donné que fusions et procédure de rationalisation ne sont pas récurrentes et qu'elles font souvent appel

à une importante réorganisation de l'actif, les auteurs du rapport recommandent une procédure d'autorisation préalable obligatoire.¹

Si les petites fusions de tous genres, grâce aux critères du double seuil que nous proposons, sont dispensées d'enquête, le nombre de fusions sollicitant l'autorisation préalable ne devrait pas trop encombrer les services de l'Administrateur. Avant d'obtenir satisfaction, les parties devraient lui soumettre tous faits matériels, lesquels doivent être exacts.

Afin que les parties désireuses de fusionner ne perdent pas de temps, nous suggérons que l'Administrateur soit tenu d'accorder ou de refuser une demande d'autorisation préalable obligatoire dans les 90 jours suivant cette demande.

Si l'on veut atteindre une plus grande efficacité économique en recourant à la rationalisation par voie de fusion, il est essentiel de mettre au point une procédure appropriée et de donner à l'Administrateur les moyens nécessaires pour exécuter son mandat. C'est particulièrement le cas d'entreprises présentant un risque élevé et désireuses de mettre en valeur d'importantes ressources qui ne peuvent être financées que sur une base commune. Les exigences commerciales doivent prendre le pas sur la commodité administrative.

Limite de la contestation

Lorsqu'une demande préalable est présentée et refusée, il semblerait raisonnable que l'Administrateur puisse arrêter une ligne de conduite dans les 12 mois suivant la réception de la demande par ses services.

1. Skeoch-McDonald Report, pp. 336-7.

Loi sur l'examen de l'investissement étranger

Il semblerait que le système actuellement proposé, l'examen des fusions aux termes de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger (FIRA), indépendamment des dispositions de la Loi sur la concurrence, retarde encore l'examen des acquisitions réalisées par les investisseurs étrangers. Il est néanmoins entendu que l'Administrateur peut prendre la décision de contester une fusion en vertu de la FIRA concurremment aux procédures engagées aux termes de celle-ci et avant qu'elles ne soient menées à terme. Ce qui est plus important, c'est le risque de conflit entre mesures gouvernementales que peut éventuellement susciter la séparation des poursuites. (Article 31.71(11)).

Afin de réduire les incertitudes dans le cas de fusions qui nécessitent une autorisation au titre de la FIRA, il est suggéré de leur accorder l'autorisation préalable dans les mêmes conditions que pour les autres fusions. Il faudrait appliquer les mêmes dispositions que celles relatives au délai accordé à l'Administrateur, soit celui qui court depuis la réception d'un avis notifié par l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger en vertu de l'article 31.71(9) de la Loi sur la concurrence.

D. ACCORDS DE SPÉCIALISATIONRecommandationsDURÉE

1. Prévoir aux paragraphes (2) et (7) de l'article 31.76 une disposition prévoyant que la Commission permette dans tous les cas la conclusion d'un accord de spécialisation pour une

période d'au moins 10 ans
ou de la longueur qu'elle
juge appropriée. Nul n'est
besoin de prévoir le cas
d'une réduction des tarifs.

ÉCHANGE PRÉLIMINAIRE D'INFORMATION

2. Ajouter à l'article 31.76
un nouveau paragraphe pré-
voyant que les parties qui
envisagent de conclure un
accord de spécialisation
peuvent échanger des ren-
seignements pertinents
d'ordre technique et en
matière de prix et procé-
der ensemble à des essais
de production sans pour
autant violer l'une quel-
conque des dispositions de
la partie V.

NOUVEAUX PRODUITS

3. Introduire dans l'article
31.76 une nouvelle disposi-
tion permettant aux parties
de conclure un accord de
spécialisation portant en
tout ou en partie sur un
nouveau produit qu'aucune
des parties, au moment de
la conclusion de l'accord,
ne produisait.

RECOMMANDATION DE LA
COMMISSION

4. Lorsqu'un accord de spécialisation fait l'objet d'un examen de la Commission, celle-ci, au lieu d'émettre une ordonnance, devrait soumettre une recommandation au Ministre responsable comme il est prévu dans le cas de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger.

Délai

Le Conseil économique proposait dans son rapport de recourir à des accords de spécialisation pour "restructurer la production et la distribution dans l'intention de développer le niveau de spécialisation et l'importance de la production canadienne et, de cette façon, en réduire les coûts". Le rapport Skeoch-McDonald retient également le principe des accords de spécialisation dans le cadre d'un programme de rationalisation des structures.

Le Conseil économique a suggéré que le tribunal qui entérine l'accord devrait également fixer un délai au terme duquel il serait procédé à l'examen des résultats obtenus dans le cadre de l'accord et qu'une décision serait prise sur la prorogation de ce délai. Les auteurs n'ont proposé aucun délai global.¹

Dans le cas de nombreuses industries, en particulier la pétrochimie, la mise en service des nouvelles usines est très longue. Dans ces conditions, le temps qui s'écoule entre le moment de la signature d'un

1. Interim Report, pp. 118-9; Skeoch-McDonald Report, pp. 158, 196-7.

accord de spécialisation et le début de la production, dans le cas d'une usine construite dans le cadre de l'accord, peut dépasser le délai maximum fixé à 5 ou 10 ans. Si l'on accorde un délai suffisant pour récupérer l'investissement et laisser se développer l'entreprise sur le marché national au point que l'accord devienne inutile, le délai optimal d'un accord de spécialisation pourrait bien être de 10 ans, voire davantage. En conséquence, l'Impériale suggère que le délai prévu pour tout accord de spécialisation soit de 10 ans.

Le fait de lier la limite conditionnelle de 10 ans prévue dans le Bill C-42 à une réduction des droits de douane pose un certain nombre de problèmes. C'est ainsi qu'une réduction des droits de douane pourrait soumettre les entreprises concurrentes non parties à l'accord à une concurrence nationale et internationale intense. En outre, il peut être parfois difficile d'évaluer facilement les avantages que présente un accord de spécialisation par rapport aux risques de voir la concurrence étrangère se développer. Pour toutes ces raisons, l'Impériale estime qu'il est inutile de prévoir une réduction des tarifs; la Commission peut tenir compte de ce facteur lorsqu'elle fixera le délai approprié.

Echanges préliminaires

Une autre difficulté que posent les dispositions actuelles tient à ce qu'elles ne protègent pas les parties qui étudient la possibilité de conclure un accord de spécialisation mais qui ne l'ont pas encore signé.

Il est suggéré que l'on permette à ces parties de procéder à un échange de renseignements techniques et sur les prix dont elles peuvent avoir besoin lorsqu'elles étudient la possibilité de conclure un accord. Elles devraient également pouvoir procéder à des expériences et des essais communs aux mêmes fins. Dans la mesure où ces activités sont entreprises de bonne foi, elles ne contreviendraient pas à l'une des dispositions de la partie V.

Nouveaux produits

Le libellé actuel de l'article 31.76 ne prévoit que l'arrêt de la production d'articles fabriqués au moment de l'accord et non un accord enjoignant une ou plusieurs parties de fabriquer un nouveau produit. Etant donné que des accords de spécialisation faciliteraient l'introduction au Canada de produits qui n'y sont pas encore fabriqués, l'Impériale suggère que l'article 31.76 prévoie des accords de spécialisation portant sur des produits qui ne sont pas fabriqués au Canada, au même titre que ceux qui y sont déjà fabriqués.

E. ÉQUILIBRE ET COHÉRENCE

Comparaison entre les deux rapports et le Bill C-42

Aux termes du rapport du Conseil économique, tous les moyens de recours prévus contre l'abus de monopole ou de position dominante relèvent du civil. On compte beaucoup sur les pouvoirs qu'ont l'Administrateur de contester les fusions et le tribunal de les examiner. De plus, le contrôle des abus de monopole ne se limiterait pas à un simple examen des situations de monopole mais consisterait à examiner les pratiques commerciales préjudiciables et discriminatoires et à les interdire. On recourrait aux enquêtes générales pour examiner les situations particulières de dominance ou de monopole pouvant donner lieu à une législation spéciale. Enfin, si l'on rationalisait l'économie en concluant des accords de spécialisation et d'exportation, une concentration plus importante permettrait de réaliser des bénéfices sur le plan économique.¹

Les auteurs du rapport Skeoch-McDonald recommandent de leur côté de placer les recours sous juridiction civile et qu'un tribunal examine le cas des fusions et l'abus de position dominante. Ils prévoient en

1. Interim Report, pp. 112, 118-120, 128-9.

outre une restructuration. Les auteurs accordent une grande importance à la réalisation "d'économies de coût réelles" pour évaluer les fusions ou toute restriction artificielle imposée par une entreprise dominante.¹

Les dispositions du Bill C-42 reflètent un équilibre différent pour ce qui est de la structure industrielle. Au lieu de placer sous juridiction civile tous les recours prévus par la loi, le Bill C-42 introduirait des dispositions d'une grande portée permettant d'enquêter sur une situation de monopole et d'oligopole en cas de restriction d'activité économique tout en conservant des dispositions pénales interdisant le monopole. Le fait d'avoir reconnu l'importance des fusions qui "accroissent sensiblement l'efficacité" est battu en brèche par l'imposition d'une preuve de haut niveau de tout avantage futur. On a l'impression que les législateurs du Bill C-42 considèrent que l'article consacré à la fusion n'irait pas assez loin s'il n'était renforcé par des mesures oppressives en matière de monopole et de monopole conjoint. Nous avons déjà donné des exemples d'excès dans le cas de la concentration.

L'Impériale formule des recommandations qui ont pour but de mieux équilibrer les dispositions de fond du Bill C-42 afin de les rapprocher de l'esprit des deux premiers rapports. L'article relatif au "monopole conjoint" et la clause "générale" de l'article consacré au monopole, qui ouvrirait la porte aux attaques doctrinaires ou politiques contre la structure même d'une grande industrie, devraient être supprimés. Il conviendrait également de supprimer la disposition qui fait d'un monopole un acte criminel. Il faudrait également apporter diverses modifications aux dispositions de l'article sur la fusion pour lever des incertitudes qui pourraient dissuader d'investir dans des entreprises qui, autrement, renforceraient l'efficacité économique. De plus, il faudrait supprimer dans l'article relatif aux accords de spécialisation les restrictions qui le vident de sa substance. Ainsi, l'Impériale

1. Skeoch-McDonald Report, pp. 125, 156.

pense que les dispositions du Bill C-42 relatives à la structure industrielle et à l'organisation des marchés peuvent être adaptées de façon à mieux refléter l'esprit de réforme qui anime le législateur.

Huit façons de réduire la concurrence

Le souci commun que traduisent la plupart des dispositions de fond, tant en matière de structure industrielle que de pratique de prix, est celui d'interdire des situations ou des actes préjudiciables à la concurrence ou d'y remédier. Il faut d'ailleurs reconnaître que la concurrence est généralement considérée comme la meilleure garantie d'une économie "flexible, adaptable et dynamique".

Toutefois, le Bill C-42 a compliqué l'interprétation d'une situation ou d'une action préjudiciable à la concurrence puisque la loi prévoit de nouvelles façons de les décrire.

Une seule loi compte actuellement huit types principaux de préjudices causés à la concurrence, notamment:

- | | |
|--|---|
| Brevets;
complot | (1) "nuire à la concurrence sur un marché" (par exemple article 31.74) ou "au Canada" (article 32.1(1)(c)); |
| Prix de vente discriminatoire;
cumul de fonctions | (2) "réduire sensiblement la concurrence" (par exemple, article 34(1)(c), 31.75); |
| Complot | (3) "réduire indûment la concurrence" (article 32(5)(d)) ou "empêcher ou réduire indûment la concurrence" (32(1)(c)); |

- | | |
|------------------------------------|--|
| Accord de spécialisation | (4) "éliminera certainement ou vraisemblablement la concurrence" (article 31.76(4)); |
| Différenciation en matière de prix | (5) "entraver sensiblement le développement d'une firme efficace ou qui serait un concurrent sérieux sur un marché sans cette pratique" (article 31.77(1)(c)); |
| Accord de spécialisation | (6) "qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens moins préjudiciables à la concurrence" (article 31.76(2)(a)); |
| Monopole | (7) Exploiter une entreprise "au détriment de l'intérêt des consommateurs" (article 33(2)); |
| Monopole; monopole conjoint | (8) "de réduire l'activité économique" (article 31.72(2)(a)(v), 31.73(1)(e) et (f). |

Le nombre de formules employées pour décrire les torts causés à la concurrence menace l'uniformité des critères définis aux termes de la Loi sur la concurrence. Les dispositions relatives à la structure et aux pratiques de prix ne semblent pas suivre de fil conducteur. La multiplicité des formules est source de difficultés inutiles pour les tribunaux et la Commission, ce qui ne manquera pas de compliquer la jurisprudence, au détriment de l'intérêt des hommes d'affaires qui cherchent à comprendre la loi, et d'éliminer pratiquement tout moyen de comprendre clairement ce qu'interdit la loi.

IV

PRATIQUES DE PRIXA. PRINCIPALES CONSÉQUENCESLa dichotomie criminel-civil

Les principales innovations du Bill C-42, en matière de pratiques de prix, viennent de l'introduction d'un article civil qui porte sur une forme de prix discriminatoire qualifiée de "différenciation en matière de prix" (article 31.77) et d'une disposition criminelle touchant la "pratique systématique de prix à la livraison". Le Bill conserve, quoique sous une forme modifiée, les dispositions criminelles relatives aux prix discriminatoires dans son article 34. Il est prévu une justification des coûts dans la disposition civile relative aux prix de vente discriminatoires mais pas dans la disposition criminelle. L'Impériale estime qu'il n'y a aucune raison valable justifiant la distinction entre ces deux juridictions et qu'en outre, l'article portant sur la différenciation en matière de prix ne concorde pas avec celui qui traite des prix discriminatoires.

La différence entre une action en justice portée devant une juridiction civile ou criminelle déborde le domaine administratif, voire constitutionnel, car, pour la personne en cause, des sanctions pénales entraînent leur cortège d'opprobre, d'amendes et d'emprisonnement et, en vertu du Bill C-42, il est également possible d'intenter une action collective ou indirecte en dommages-intérêts. Toutefois, la procédure civile est moins répressive, quelle que soit la sanction prévue. Aux termes des articles civils du Bill C-42, la Commission ou la cour, sur ordonnance, peut interdire certains actes; le contrevenant, sauf s'il viole l'ordonnance, échappe au blâme public, à l'amende ou à la

prison et, peut-être, aux poursuites collectives. La distinction qu'introduit le Bill C-42 traduit la légèreté avec laquelle on a pesé les conséquences d'un classement des actes en civils et criminels. Alors qu'une différence introduite dans le prix de vente de quantités "analogues" de produits, que l'on appelle "prix discriminatoire", relève du criminel, une semblable différence portant sur des quantités de produits "différents", qualifiée de "différenciation en matière de prix", relève du civil. Or, les pratiques, les personnes en cause et les conséquences de ces deux sortes d'actions sont pour ainsi dire identiques. Le libellé différent des deux articles, le civil et le criminel, n'a pas seulement pour conséquence d'instaurer des normes et des sanctions extrêmement différentes, il crée aussi des anomalies, comme celle du "fournisseur peu important" qui est exempté d'enquête civile dans le cas d'une différenciation en matière de prix mais qui peut être poursuivi au criminel pour avoir pratiqué des prix discriminatoires.¹

L'Impériale, afin de parvenir à un résultat plus équitable sans pour autant affaiblir la portée de la loi, recommande de modifier le Bill C-42 et de placer la plupart des pratiques de prix abusifs (ainsi que celles touchant les situations de monopole) sous compétence civile exclusivement. Etant donné que la pratique systématique de prix à la livraison, certains cas de prix discriminatoires et quelques situations de monopole ne sont pas, tout bien pesé, préjudiciables aux intérêts du consommateur, il serait plus simple, dans tout cas particulier,

1. De même, les "directives venant de filiales étrangères" relèvent, aux termes de l'article 32.11, du criminel, tout comme les "complots internationaux ... qui entravent la concurrence" (article 32.1). C'est ainsi qu'une action collective pourrait être intentée en se fondant sur une condamnation infligée au titre de ces articles. Or, "les ordonnances rendues dans le cas de restriction de l'importation ou de l'exportation" (par une corporation affiliée) aux termes de l'article 31.61 peuvent faire l'objet d'une enquête et ne relèvent pas des articles relatifs à l'action collective, sous réserve d'une violation d'une ordonnance de la Commission. Si l'on regarde les choses sous l'angle du dédommagement équitable des parties lésées, il n'y a pas de raison que l'on oublie les personnes visées par une ordonnance restreignant les importations ou les exportations (article 31.61), alors que les victimes de directives internationales ou de complots internationaux peuvent intenter collectivement une action en dommages-intérêts.

d'évaluer leurs conséquences économiques réelles si la Commission, et non les tribunaux, est chargée de l'enquête.

La rigidité des prix

Etant donné que les modifications introduites dans le Bill C-42 vont généralement dans le sens de la libération du marché, l'Impériale se demande si certaines dispositions n'entraîneront pas une plus grande rigidité des prix au lieu d'une plus grande souplesse.

Le libellé de l'acte criminel que constitue la "vente de produits à des prix anormalement bas" (article 34(1)(c)) en est un exemple. L'emploi du mot "anormalement" à la place de "déraisonnablement" laisserait planer un doute sur la question de savoir si une remise importante consentie à un acheteur violerait les termes de l'article. Un vendeur, en raison de cette incertitude, pourrait hésiter à accorder des remises, d'autant plus qu'il pourrait faire l'objet de poursuites collectives s'il s'avérait que les bas prix consentis sont illégaux. De même, un acheteur ne cherchera pas à obtenir de remise s'il pense que ce n'est pas légal. De toute façon, cette incertitude entraînera une certaine "raideur" des prix.

Un autre problème de rigidité des prix peut découler de la disposition relative à la "pratique systématique de prix à la livraison" dont il est question plus loin.

Une autre raison pour éliminer l'article relatif au "monopole conjoint", comme nous le préconisons dans le chapitre précédent, tient à ce qu'il peut avoir pour effet une certaine rigidité des prix. Au vu du Bill et de ses clauses "générales" (article 31.73(1)(e) et (f)), la disposition relative au monopole conjoint peut passer pour un moyen de contrôle public des situations d'oligopole. Les allusions aux "orientations parallèles", "comportements semblables" et à "la reconnaissance réciproque d'un lien d'interdépendance" peuvent dissuader des entreprises opérant sur des marchés d'oligopole de changer leurs

prix d'une manière qui pourrait attirer l'attention de l'Administrateur. Cela peut avoir pour effet de réduire le nombre des changements de prix annoncés qui répondront moins aux variations intervenant dans les conditions du marché, et la rigidité des prix reflétera la "crainte d'être concurrentiel".

Les modifications que propose l'Impériale relativement à la vente à des prix "anormalement" bas, à la "pratique systématique de prix à la livraison", au "monopole conjoint" et à certains autres articles de fond du Bill C-42, visent, au moins en partie, à réduire les possibilités que s'instaure un régime de prix rigides.

B. RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRATIQUES DE PRIX

Recommandations relatives aux prix de vente discriminatoires

COMPÉTENCE CIVILE POUR
LES PRIX DISCRIMINATOIRES

1. Abroger l'article 34 portant sur l'acte criminel que constitue un prix de vente discriminatoire relativement à des quantités de produits "analogues" et le remplacer par des dispositions civiles pertinentes prévoyant l'examen par la Commission des pratiques décrites aux paragraphes (a), (b) et (c) de l'article 34(1).

PRIX DE VENTE
DISCRIMINATOIRES:

2. Procéder aux changements suivants relativement à la pratique des prix de vente discriminatoires entre les

personnes actuellement visées à l'article 34(1)(a):

--SUPPRIMER "ULTIMATE"

- (1) (Observation ne s'appliquant qu'à la version anglaise)
Supprimer le mot "ultimate" chaque fois que l'expression "same ultimate customers" figure dans le texte.

--AJOUTER "ACCORD DE VENTE"

- (2) Introduire dans l'article 34(1)(a) et 34(2) une disposition prévoyant un "accord de vente".

--PREUVE DU PRÉJUDICE

- (3) Prévoir une disposition aux termes de laquelle il n'y a pas de distinction injuste s'il n'en découle pas un affaiblissement sensible de la position concurrentielle de l'acheteur défavorisé.

--JUSTIFICATION DES COÛTS

- (4) Introduire une clause semblable à celle de l'article 31.77(2) relative à la différenciation en matière de prix et prévoyant

que la Commission ne puisse émettre d'ordonnance interdisant cette pratique si le fournisseur le convainc que cette dernière, par suite d'une évaluation raisonnable du coût réel ou prévisible, découle de la variation des quantités livrées et des conditions de livraison.

EXAMEN CIVIL EN MATIÈRE
DE PRIX DE VENTE
DISCRIMINATOIRE PAR RÉGION

3. Procéder aux changements appropriés, pour ce qui est du prix de vente discriminatoire par région présentement visé à l'article 34(1)(b), comme dans le cas de l'article 34(1)(a), afin de prévoir un examen par la Commission et une justification des coûts.

VENTE À BAS PRIX:

4. Procéder aux modifications suivantes pour ce qui est de la vente à bas prix actuellement visée à l'article 34(1)(c):

--SUPPRIMER "ANORMALEMENT",
REEMPLACER PAR
"DÉRAISONNABLEMENT"

- (1) Supprimer le mot
"anormalement" et le

remplacer par "déraisonnablement" pour que le texte soit de nouveau ainsi libellé "à des prix déraisonnablement bas";

--EXAMEN CIVIL

(2) Prévoir un examen par la Commission.

COMPÉTENCE CIVILE POUR
LES REMISES
PROMOTIONNELLES

5. Abroger l'article 35 relatif aux actes criminels concernant les remises discriminatoires à des fins promotionnelles, et le remplacer par une disposition civile prévoyant l'examen par la Commission.

DIFFÉRENCIATION EN
MATIÈRE DE PRIX:
SUPPRIMER "OCCUPE UNE
POSITION IMPORTANTE SUR
UN MARCHÉ"

6. Supprimer les mots "occupe une position importante sur un marché" de l'article 31.77(1)(b) relatif à la "différenciation en matière de prix".

Recommandations relatives à la pratique systématique de prix à la livraison

COMPÉTENCE CIVILE

1. Supprimer l'article 38.1 qui fait de la "pratique systématique de prix à la livraison" un acte criminel.

"SYSTÈME" DU PRIX À LA
LIVRAISON OU DU POINT DE
PARITÉ

2. Prévoir qu'un "système de prix à la livraison ou de point de parité qui affaiblit de manière sensible la concurrence sur un marché" fasse l'objet d'un examen par la Commission sur demande de l'Administrateur.

PRODUIT SÉPARÉ

3. Préciser ce que l'on entend par produit séparé dans le cas d'un article (voir article 31.2(2)).

C. DIFFÉRENCIATION EN MATIÈRE DE PRIX ET PRIX DE VENTE DISCRIMINATOIRE

Différenciation en matière de prix

La nouvelle disposition civile qui a pour nom "différenciation en matière de prix" (article 31.77) porte sur un prix de vente discriminatoire de quantité de produits "différente" alors que la disposition criminelle actuelle de l'article 34(1)(a) parle de quantités "similaires". Il semble que cette "différenciation en matière de prix" ne soit qu'une variante du prix de vente discriminatoire.

Le nouvel article civil, contrairement à la disposition criminelle, prévoit une justification des coûts dans le cas de "différenciation en matière de prix". En outre, alors que le "prix de vente discriminatoire" proprement dit est interdit aux termes de l'article 34, la "différenciation en matière de prix" n'est interdite que si "cette pratique a entravé ou est susceptible d'entraver sensiblement le développement d'une firme efficace ou qui serait un concurrent sérieux sur un marché sans cette

pratique". L'objection principale opposée à l'article portant sur la "différenciation en matière de prix" tient au fait que si celle-ci est pratiquée par un "fournisseur important", elle peut faire l'objet d'une enquête, ce qui n'est pas le cas d'un fournisseur peu important.

Dans la pratique, le fournisseur important peut tout simplement suivre l'initiative d'un petit fournisseur à qui l'on doit la différence introduite dans les prix. Or, celle du fournisseur important peut être interdite sur ordonnance de la Commission, alors que le petit fournisseur en est exempt. Une telle distinction paraît totalement injuste envers les gros fournisseurs et nous recommandons que cette allusion aux "fournisseurs importants" soit supprimée.

Compétence civile pour tout prix de vente discriminatoire

Les Propositions présentent une base commune pour les dispositions relatives à la différenciation en matière de prix et de prix de vente discriminatoire, soit "empêcher que des entreprises qui autrement seraient efficaces, disposant d'un pouvoir de négociation relativement faible, subissent un handicap financier inutile".¹

Les deux rapports, celui du Conseil économique et celui de Skeoch-McDonald font état d'une préférence pour une disposition civile en matière de prix discriminatoire. Le projet de législation avancé dans le rapport Skeoch-McDonald comprenait une justification des coûts fondée sur une "estimation raisonnable du coût moyen de production et de distribution à long terme". En outre, les auteurs du rapport signalaient qu'une justification des coûts calculée en fonction des comptes passés constituerait une base statique et trompeuse pour prendre des décisions d'intérêt public. Et même, au dire des auteurs, la législation actuelle, bien qu'inadéquate et dépassée, serait encore préférable.²

1. Proposals, Ottawa, March 1977, pp. 55-6.

2. Skeoch-McDonald Report, pp. 221, 225, 230-1.

Le Bill C-42 ne suit que partiellement la voie que lui ont indiquée les deux rapports. Il est difficile de comprendre les raisons qui ont poussé les législateurs à introduire une distinction aussi subtile entre ventes de produits "différents" qui peuvent faire l'objet d'une enquête et ventes de produits "similaires" qui relèvent du criminel. Il n'y a aucune raison, du moins en apparence, pour que les prix de vente discriminatoires entre personnes, introduits dans la vente de quantités similaires, ne puissent relever de la juridiction civile assortis de la même justification des coûts que celle qui est proposée dans le cas de la différenciation en matière de prix, aux termes de l'article 31.77(2). L'Impériale suggère donc que l'article 34 portant sur le "prix de vente discriminatoire" et l'article 35 portant sur les "remises promotionnelles" ne constituent plus des actes criminels mais qu'ils soient examinés par la Commission.

"Same ultimate customers" (Observation ne portant que sur le texte anglais)

Aux termes de l'alinéa (a) de l'article 34(1) du Bill C-42, la version anglaise contient une expression trompeuse, "the same ultimate customers". Le mot "ultimate" fait penser à un consommateur final, à un automobiliste dont la voiture consomme de l'essence. La formulation anglaise du Bill C-42 prêterait à penser qu'il est interdit à une société pétrolière de vendre de l'essence à un certain prix à un concessionnaire et à un prix inférieur à un grossiste si ces derniers sont en concurrence pour obtenir la clientèle du même client "ultime", l'automobiliste. Or, il est probable que les termes de l'article 34(1)(a) visent l'interdiction d'un prix de vente discriminatoire entre consommateurs appartenant à une même catégorie. Les termes utilisés dans la version française n'ont pas la même portée. Nous suggérons donc d'omettre le mot "ultimate" pour faire concorder les deux versions.

Accords de vente

Il semble douteux que l'article 34(1)(a) porte sur un "accord de vente" différent d'une "vente". Le problème provient du fait que la

version modifiée ne parle plus d'"une vente" mais, de manière plus explicite, d'"une vente ou offre de vente d'articles". Nous proposons donc que cet article mentionne également "accord de vente".

Une telle modification exigerait un changement important afin que l'article 34(2) prévoie un accord de vente. La quantité appropriée serait celle prévue par l'accord et la date pertinente serait celle à laquelle l'accord a été conclu.

Preuve du préjudice

Par ailleurs, l'article 34(1) actuel n'exige aucune preuve du préjudice subi par l'acheteur défavorisé. Encore que les cours puissent sous-entendre cette condition, il est suggéré, pour plus de certitude, que l'article prévoie qu'il n'y a discrimination que s'il en découle une réduction sensible de la position de concurrence de l'acheteur défavorisé.

"Prix anormalement bas"

Un des changements apportés à l'alinéa (c) de l'article 34(1) du Bill C-42 tient au fait que l'acte criminel ne devrait pas porter sur "une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas ... " mais plutôt sur "des prix anormalement bas ... ". "Anormalement bas" suggère qu'un prix se situe, soit durant une certaine période, soit à un moment donné, au-dessous du prix moyen normal. "Déraisonnablement bas" suggère qu'un prix ne peut être justifié en fonction des différences de coût, des conditions du marché local ou de tout autre facteur identifiable.

La modification proposée introduit une incertitude: est-il légal de proposer un prix peu élevé qui pourrait déclencher une guerre des prix ou la prolonger? Cela peut donner lieu à deux interprétations: ou bien le but visé est de réduire sensiblement la concurrence, ou bien

cette politique a tendance à la réduire sensiblement. Une telle incertitude ne favorisera pas la souplesse des prix mais leur rigidité. Nous recommandons en conséquence de supprimer "anormalement" et de garder "déraisonnablement".

D. PRATIQUE SYSTÉMATIQUE DE PRIX À LA LIVRAISON

Problèmes de fond

L'article 38.1 introduit un nouvel acte criminel sous le titre de "pratique systématique de prix à la livraison". Or, ce titre est trompeur étant donné qu'il n'est prévu aucune condition stipulant que le refus de vendre dont il est question est illégal uniquement lorsqu'il est systématique, qu'il s'agit d'une "pratique" ou d'une "politique". Étant donné que ces mots sont repris dans d'autres dispositions de la loi lorsqu'il est question d'actes isolés, il faut en déduire que des actes isolés pourraient bien être illégaux.

Cet article ne cherche pas à interdire les pratiques systématiques de prix à la livraison ou de prix du transport mais plutôt à "desserrer les liens d'une coordination oligopolistique étroite" avec lesquelles elles pourraient se trouver associées et qu'elles pourraient contribuer à resserrer.¹ L'article présente une sérieuse lacune, celle de ne pas interdire du tout une forme de prix systématique à la livraison qui favorise la coordination oligopolistique la plus étroite. Supposons que deux vendeurs, protégés par un tarif, vendent un produit sur le marché canadien à un prix uniforme et unique à la livraison. Une disposition comme celle qui est prévue à l'article 38.1, qui oblige un fournisseur à vendre à un client en un lieu où il fait des livraisons à un autre client, aux mêmes conditions de vente, ne démantèlera pas ou n'affaiblira pas le système du prix à la livraison. Il manque à

1. Proposals, p. 65.

cette disposition, pour être efficace, un point de livraison concurrentiel.

Il vaudrait mieux prévoir, au lieu d'un acte criminel fondé sur le refus de vendre, une disposition civile qui placerait tout "système" de prix à la livraison ou de point de parité sous la compétence de la Commission et qui rendrait un tel système susceptible d'interdiction lorsqu'il réduit sensiblement la concurrence.

Produits portant ou non une marque de fabrique

Dans son libellé actuel, l'article 38.1 ne précise pas quand un "article" est un produit séparé. Aussi pourrait-on interpréter cet article dans le sens où un fabricant doit vendre un produit portant une marque de fabrique en un lieu, aux mêmes conditions qu'un produit n'en portant pas. A l'évidence, le législateur ne veut pas interdire les différences de prix entre produits portant ou non une marque de fabrique ni bouleverser un système de distribution de produits portant une marque de fabrique. Nous suggérons donc que, si l'article 38.1 est retenu dans sa forme actuelle, il devrait préciser dans quelles conditions un article n'est pas un produit séparé, que distinguent une marque de fabrique, le nom du fabricant ou une autre caractéristique. Une telle précision est déjà prévue à l'article 31.2(2) relatif au "refus de vente".

E. PORTÉE DES RECOMMANDATIONS

Les modifications que l'Impériale recommande d'apporter aux dispositions du Bill C-42 en matière de pratiques de prix visent certains objectifs:

- (1) Eliminer les anomalies et inégalités introduites par une répartition peu judicieuse de pratiques connexes entre les juridictions civiles et criminelles;

- (2) Réduire au minimum les risques d'incertitude qui entraîneront la rigidité des prix;
- (3) Clarifier les termes de la loi concernant certaines pratiques de prix.

L'Impériale est consciente, en proposant ces modifications, de l'importance que revêt l'encouragement de pratiques de prix justes et concurrentielles afin que l'économie en soit plus efficace et plus équitable.

V

LES ACTIONS COLLECTIVESCommentaire

Malgré l'attrait théorique qu'elles exercent, et par suite de l'expérience américaine, les actions collectives ne semblent pas être un moyen de défense efficace des intérêts du consommateur. Elles se traduisent, semble-t-il, par d'énormes honoraires versés aux hommes de loi et des dommages-intérêts dérisoires accordés à chaque membre d'un groupe. A cela, il convient d'ajouter la longueur des procédures et leur complexité. Aussi, cette forme de recours, aussi séduisante soit-elle, ne peut que susciter cynisme et désillusion chez le plaignant pris individuellement. Il est regrettable que le Canada adopte une procédure de recours collectif avant qu'une autre juridiction, qui a une grande habitude de ce genre de problèmes, ait eu le temps de les résoudre.

Une procédure d'action collective intentée en vertu de la Loi sur la concurrence, pose des problèmes nombreux et complexes. Les auteurs de cette procédure, notamment le rédacteur du Bill C-42, règlent ces problèmes au détriment du défendeur, sans doute parce qu'ils supposent que ce dernier sera toujours une grande entreprise dont les poches sont plus "profondes". Or, cela ne sera pas forcément toujours le cas et il faut bien comprendre qu'une petite entreprise peut se voir ruinée à la suite d'une violation relativement mineure de la Loi sur la concurrence à cause de l'effet cumulatif qu'exercent des requêtes, très petites mais fort nombreuses, (outre la sanction pénale) qu'une procédure, destinée à bien des égards à aider le demandeur et à défavoriser le défendeur, encouragera.

Recommandations

AVIS

1. Chaque membre du groupe devrait être averti de l'engagement des poursuites et qu'il peut y être associé, en remplissant une simple formule qu'il envoie au tribunal.

POURSUITE DE L'ACTION
COLLECTIVE

2. L'article 39.12 qui traite de la poursuite d'une action collective devrait être étoffé afin de permettre à la cour ou d'exiger d'elle l'examen d'un nombre de motifs plus important.

FRAIS DE JUSTICE

3. Les règles habituelles en matière de frais de justice devraient s'appliquer à tous les aspects d'une action collective; s'il y a de l'intérêt public que le groupe de demandeurs et leurs avocats reçoivent une aide financière, celle-ci devrait être puisée à même les fonds prévus par le Parlement pour l'application de la Loi sur la concurrence.

SUPPRIMER L'ACTION
INDIRECTE

4. La procédure de l'action indirecte devrait être abrogée car elle est inutile et de nature pénale.

Avis

Il faudrait prévoir dans le Bill l'envoi obligatoire de l'avis à tous les membres du groupe. Sinon, si ces derniers ne veulent pas en faire partie, ils seront lésés puisqu'ils sont liés par le jugement; en outre, le défendeur ne disposera pas de tous les éléments nécessaires pour préparer sa défense.

Une autre question étroitement reliée à celle de l'avis tient à la liberté du demandeur de se désister de l'action collective ou de s'y maintenir. Le Bill C-42 se prononce pour le "désistement", autrement dit le demandeur fait automatiquement partie du groupe à moins qu'il ne décide de s'en retirer. Nous proposons donc que seuls les demandeurs qui ont été notifiés et désirent faire partie du groupe soient retenus. Si un demandeur est peu intéressé à maintenir sa demande au point de ne pas se donner la peine de manifester le désir de faire partie d'une action collective, il n'y a aucune raison pour l'y inclure.

Poursuite de l'action collective et problèmes d'ordre pratique

L'article 39.12 qui traite de la requête aux fins de poursuivre le procès sous forme d'action collective est, à notre avis, trop limité. Il devrait exiger que:

- (a) la cour conclue que les requêtes ou les défenses du groupe représenté reflètent fidèlement les intérêts du groupe, afin de prévenir tout conflit d'intérêt;
- (b) la cour conclue que les questions de droit et de fait communes aux

défenses et que les contre-demandes présentées par le défendeur l'emportent sur les intérêts particuliers d'un membre;

- (c) la cour tienne compte de toutes les questions d'ordre pratique et non uniquement du coût de l'administration des indemnités demandées, comme par exemple l'importance du groupe, les problèmes de notification, le temps mis pour calculer la portée de la contestation individuelle, les problèmes que pose le calcul des dommages-intérêts, etc.

Dépens

Les partisans des actions collectives font valoir que les règles habituelles de frais de justice sont une arme de dissuasion importante. Ils proposent généralement de les modifier au détriment du défendeur. Bien que le Bill C-42 n'instaure pas de règles favorisant entièrement le demandeur au détriment du défendeur, à notre avis le sens de l'équité et de la justice exige que les règles habituelles en matière de frais de justice s'appliquent intégralement aux actions collectives. Refuser les dépens au défendeur obtenant gain de cause ne peut se justifier que si l'on invoque le financement par le défendeur de l'exécution de la Loi sur la concurrence en faveur de particuliers. Nous proposons que, s'il y va de l'intérêt public, et dans le cas où les groupes de demandeurs et leurs avocats recevraient une aide financière pour intenter des poursuites collectives, le coût de celle-ci soit pris à même les fonds prévus par le Parlement pour l'application de la Loi.

Une autre raison favorable au maintien des règles habituelles de dépens comme moyen de dissuasion des actions collectives irrecevables tient à l'insuffisance de la clause prévue à l'article 39.12(2)(d) et de la condition prima facie. Dans le cadre des actions collectives, une telle condition signifie sans doute que la requête n'est pas tout à fait frivole ou vexatoire ou encore qu'il n'est pas certain qu'elle soit déboutée. Compte tenu des conditions exigées par le tribunal pour approuver une requête,

celle-ci ne sera refusée que dans des cas exceptionnels. Par ailleurs, nul ne connaît son dossier aussi bien que le requérant et le moyen de dissuasion traditionnel que représentent les dépens est sans aucun doute la meilleure façon de décourager les poursuites irrecevables.

Actions indirectes

L'Administrateur peut engager une action indirecte si une action collective ne peut être intentée pour des raisons d'ordre pratique et si la Couronne a, ou bien choisi de ne pas poursuivre, ou bien intenté des poursuites et si, dans ce cas, l'accusé a été acquitté. L'action indirecte, dit-on, a pour but d'empêcher "l'enrichissement injuste" du défendeur. Nous pensons que cette procédure est de nature pénale et inutile. Le recours principal dont devrait disposer l'Administrateur pour faire respecter les dispositions de la Loi est la poursuite au criminel pour toute violation d'une ordonnance de la Commission portant sur une pratique commerciale; il n'y a aucune raison pour que l'Administrateur ait la possibilité d'intenter une action indirecte en raison du faible niveau de preuve exigé au civil. La cour peut prévenir tout "enrichissement injuste" de l'accusé en lui imposant une amende appropriée.

VI

ADMINISTRATION ET APPELSA. ADMINISTRATION ET PROCÉDURECommentaire

Le Bill contient quelques améliorations de procédure louables. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 31.78, une tierce personne dont les intérêts sont susceptibles d'être sensiblement affectés peut se voir accorder la possibilité de se faire entendre et voir ses observations prises en considération. De plus, aux termes de l'article 31.79, la Commission doit s'efforcer de concilier l'objectif principal d'efficacité avec le plus grand respect possible des droits des personnes visées.

L'article 31.91 prévoit, à juste titre, que l'Administrateur ne peut demander d'ordonnance visée aux articles 31.2 à 31.77 s'il ne prouve prima facie, sur requête ex parte, à un membre de la Commission les faits justifiant une telle ordonnance. Nous contestons cependant le fait que la requête doive être présentée ex parte à un seul membre de la Commission, qui peut être un membre adjoint. Nous recommandons que toute personne contre laquelle l'ordonnance est dirigée reçoive notification dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 29 relatif aux injonctions provisoires et que la requête soit entendue par un membre permanent de la Commission et non par un de ses membres adjoints.

Recommandations

APPLICATION PRÉLIMINAIRE:
AVIS;
DEMANDE DE MEMBRE
PERMANENT

1. Introduire dans l'article 31.91 une disposition prévoyant que lorsque l'Administrateur demande la permission de faire une demande au titre de l'un des articles 31.2 à 31.77, toute personne contre laquelle la demande est dirigée en soit notifiée de la même façon qu'à l'article 29 qui traite des injonctions provisoires et que la demande soit entendue par un membre permanent et non associé de la Commission.

MAJORITÉ DE MEMBRES
PERMANENTS DE LA
COMMISSION

2. Introduire dans l'article 16.2 une disposition prévoyant que la Commission soit en tout temps composée de membres permanents en majorité.

INTERROGATOIRES ORAUX

3. C'est un membre de la Commission et non une personne chargée de l'audition qui devrait présider à tout interrogatoire oral d'un témoin.

REPRÉSENTATION PAR
AVOCAT

4. Il n'y a pas lieu de modifier l'article 20 qui permet actuellement à toute personne qui fait l'objet d'un examen de se faire représenter par un avocat lorsqu'un témoin est interrogé sous serment.

RAPPORT À LA COMMISSION
SUR L'ENQUÊTE GÉNÉRALE

5. Il convient de conserver le système actuel des enquêtes générales en vertu de l'article 47 qui permet à l'Administrateur de soumettre son rapport à la Commission qui tiendra des audiences auxquelles les parties intéressées peuvent assister et de fournir une preuve à la suite de quoi la Commission fera rapport au Ministre.

Constitution de la Commission

Sans aucun doute la clause relative aux membres adjoints vise la nomination, dans certains cas, de spécialistes de la question dont la Commission est saisie. Toutefois, dans de nombreux cas, des membres adjoints exercent les mêmes pouvoirs que des membres permanents; nous recommandons que l'article 16.2 soit modifié et prévoie que la Commission soit toujours composée d'une majorité de membres permanents.

Personnes chargées de l'audition

Les nouvelles dispositions relatives aux interrogatoires oraux des témoins avant audience nous préoccupent. Aux termes de l'article 17, une personne chargée de l'audition n'est pas tenue d'être membre de la Commission et l'article 24(1) prévoit que ces personnes perçoivent des honoraires. Compte tenu de la nature d'un interrogatoire oral et de la vulnérabilité du témoin, il importe que ce dernier ait confiance en l'indépendance et l'impartialité du président. Nous recommandons vivement que la Commission soit chargée de ce rôle et qu'un de ses membres, et non une personne chargée de l'audition, préside lors de tout interrogatoire oral d'un témoin.

Représentation par avocat

Le Bill propose de modifier l'article 20 pour abroger le droit du président, lors d'un interrogatoire oral visé à l'article 17, de permettre à toute personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête d'être représentée par un avocat. Nous estimons que ce changement n'est pas justifié et qu'en outre il va à l'encontre de la tendance actuelle qui fait obligation à la Couronne de fournir à tout accusé le plus de renseignements possibles sur son affaire. Nous recommandons de conserver les dispositions actuelles de l'article 20(1).

Enquêtes générales

Les dispositions de l'article 47 modifieraient le système actuel des enquêtes générales en stipulant que le Ministre peut nommer un Commissaire au titre de la Loi sur les enquêtes pour qu'il reprenne l'enquête confiée à l'Administrateur et soumette un nouveau rapport au Ministre. Compte tenu des connaissances et de l'expérience que la Commission doit acquérir dans l'exercice de ses fonctions, il semble préférable de conserver la procédure actuelle qui permet à l'Administrateur de soumettre un rapport à la Commission qui tiendra des audiences

auxquelles les parties intéressées peuvent assister et où elles soumettront de nouveaux éléments de preuve.

B. SECRET PROFESSIONNEL

Recommandations

L'ADMINISTRATEUR DOIT
SUIVRE LA PROCÉDURE

1. Il faudrait modifier l'article 10.1(1) pour qu'il soit bien clair que l'Administrateur ou son représentant doit, soit suivre la procédure prescrite, soit s'abstenir d'examiner, reproduire ou prendre tout document à l'égard duquel est invoqué le privilège du secret professionnel.

LE PROPRIÉTAIRE PEUT
REPRODUIRE DES DOCUMENTS

2. Il faudrait prévoir que le propriétaire du document en obtienne copie en attendant que le tribunal se prononce sur le secret professionnel.

Propositions de modifications

La procédure de règlement des questions de secret professionnel est une disposition judiciaire. Toutefois, certains points de l'article 10.1 pourraient être encore améliorés.

(a) L'emploi du terme "peut" dans l'alinéa (1) (page 8, ligne 7) est

peu heureux car il suggère que l'Administrateur ou son représentant n'est pas obligé de suivre la procédure prévue par la loi. Nous recommandons, pour plus de précision, que cette phrase soit ainsi libellée:

"L'Administrateur ou son représentant ... , s'abstient d'examiner, de copier ou d'emporter ... ou, sans examiner le document ou la chose en question, et sans en faire une copie ou d'autres copies, place ledit document et toute copie déjà faite dans une enveloppe scellée et dûment étiquetée ... ", etc.

- (b) Etant donné que le propriétaire du document peut en exiger copie pour préparer sa défense en cour ou pour vaquer à ses occupations professionnelles, il conviendrait de prévoir une disposition analogue au paragraphe 232(13) de la Loi sur le revenu qui stipule qu'un juge peut autoriser le propriétaire d'un document à le reproduire en présence de son gardien.

C. INFORMATHÈQUE

Recommandations

QUELS DOCUMENTS CONSERVER

1. L'alinéa (1) de l'article 10.2(1) devrait être modifié de façon que les seuls renseignements stockés dans une infromathèque et la seule procédure à suivre pour extraire les données que doit conserver le propriétaire soient ceux que l'on utilise dans le cadre des opérations commerciales ordinaires.

**REMBOURSEMENT DES
COÛTS**

2. Il faudrait rembourser au propriétaire des données les coûts exposés pour fournir à l'Administrateur un état imprimé ou autre exemplaire des renseignements stockés dans l'informathèque.

**LE PROPRIÉTAIRE PEUT
REPRODUIRE**

3. Le propriétaire des données devrait avoir le droit de reproduire celles-ci avant que l'Administrateur ne les saisisse.

Tenue des registres

Le paragraphe (1) de l'article 10.2 exige qu'une personne qui stocke des données dans une informathèque garde (a) un registre desdites données et (b) une description de la procédure à suivre pour extraire lesdites données, ce qui va bien au-delà de l'usage commercial canadien et des besoins des propriétaires des données. Cet article ne reconnaît pas qu'une partie des données stockées dans l'informathèque, au bout d'un certain temps, cesse d'être utile au propriétaire et que celui-ci, préfère ne pas assumer les charges inutiles qu'imposent la tenue de registres dont les données sont dépassées et le retrait de celles-ci. Nous proposons que les opérations commerciales normales du propriétaire de données actuellement utilisables et stockées dans une informathèque assurent le maintien d'un registre et d'un programme de retrait appropriés et correspondant aux besoins de l'Administrateur.

Si l'on décidait d'imposer aux entreprises les frais supplémentaires visés à l'alinéa (1), l'équité voudrait que l'on rembourse au propriétaire des données tous frais supplémentaires encourus pour conserver registres

et procédure de retrait, notamment le temps d'utilisation de l'ordinateur. Il convient d'admettre que, dans la plupart des cas, cette procédure fait appel à un personnel hautement qualifié dont les services sont très recherchés et coûtent cher à l'employeur. En outre, le coût de ce service est souvent si élevé qu'une entreprise procède généralement à une analyse coûts-avantages approfondie avant de faire extraire lesdites données; c'est généralement le cas des données portant sur une certaine période antérieure.

Remboursement des frais

Dans le cas de l'alinéa (2) l'équité voudrait également que l'on rembourse au propriétaire des données les frais encourus pour fournir à l'Administrateur un état imprimé ou toute autre copie des données visées audit alinéa.

Reproduction

Aux termes de l'alinéa (6), l'Administrateur peut emporter, afin d'examiner ou de copier, toute description, programme ou état imprimé visé à l'alinéa (1). Toute perte temporaire du matériel emporté pourrait poser de sérieux problèmes à son propriétaire dans la conduite de ses affaires; aussi cet article devrait-il prévoir que le propriétaire du matériel puisse en faire une copie avant qu'il ne soit emporté par l'Administrateur.

D. ACTIVITÉ RÉGLEMENTÉE

Recommandation

CONDITION UNIQUE D'EXEMPTION

1. Les conditions prévues aux alinéas (b) et (c) de la définition de l'"activité

réglementée" de l'article 4.5(2) sont excessives et peu réalistes; la condition prévue à l'alinéa (a) devrait venir seule et être ainsi libellée: "l'activité a été expressément prescrite ou autorisée par une autorité administrative qui n'a pas été élue ni nommée par les personnes intéressées".

Conditions d'exemption

L'exemption d'activité réglementée de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions se fonde essentiellement sur les précédents, en particulier l'affaire des Brasseries canadiennes (1960, O.R. 601) et l'affaire de la Loi sur la vente de produits agricoles (1957, S.C.R. 198). Ces décisions laissent planer un doute sur la portée réelle de cette exemption.

Dans son rapport sur le Bill C-2 (Hansard du Sénat, 10 décembre 1975, p. 1571 et suiv. et p. 1589 et suiv.), le Comité permanent sur les Banques et le Commerce du Sénat parlait de l'activité réglementée comme d'un secteur difficile et déclarait à la page 1591:

"Votre Comité croit fermement qu'il faudrait en outre exempter de toute poursuite en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions toute industrie, commerce ou profession dont le gros des activités est réglementé par un organisme gouvernemental, provincial ou fédéral."

et ajoutait, page 1592:

"... votre Comité est favorable à une solution qui verrait

l'organisme de tutelle concerné chargé de toutes les questions relatives au secteur de l'industrie placé sous son contrôle, exception faite de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions."

Le Comité faisait remarquer que le Ministre se proposait d'introduire une proposition dans le cadre des changements de la Phase II.

L'article 4.5 proposé dans le Bill C-42 exempterait l'activité réglementée des pratiques pouvant être examinées ainsi que de nombreuses interdictions de la Loi relevant du criminel; toutefois, dans sa définition de "l'activité réglementée", l'article stipule des conditions qui ne sont ni raisonnables ni pratiques.

La première condition stipule que "l'activité a été expressément prescrite ou autorisée par une autorité administrative qui n'a pas été élue ni nommée par les personnes ... dont elle peut réglementer l'activité". Bien que cette condition soit plus sévère que celle que le Comité du Sénat a recommandé, elle n'en est pas moins en accord sur l'essentiel avec la décision rendue dans l'affaire des Brasseries canadiennes.

La seconde condition stipule que l'autorité administrative "a expressément voulu réglementer l'activité et l'a fait conformément à la loi fédérale ou provinciale qui l'a expressément habilitée à cette fin". Nous suggérons que les personnes dont l'activité est réglementée devraient s'appuyer sur une autorité administrative quelconque et ne devraient pas être tenues d'établir si cette autorité a ou non outre-passé ses pouvoirs en réglementant l'activité comme elle l'a fait. La condition selon laquelle l'agence publique doit avoir "expressément voulu réglementer l'activité" est presque impossible à respecter étant donné que les délibérations d'une autorité administrative se déroulent généralement en privé et qu'il est habituellement impossible de dire ce que cette agence a expressément voulu.

La troisième condition tient à ce que l'application de la Loi sur la concurrence à cette activité "porterait gravement atteinte aux

objectifs fondamentaux en matière de réglementation" prévus par la Loi qui habilite l'autorité administrative à réglementer cette activité. Une telle condition est si vague et incertaine qu'il serait presque impossible que quelqu'un ou son conseiller juridique puisse se faire une opinion sur la question de savoir si l'activité réglementée, quand bien même elle répondrait aux deux premières conditions, répondrait à la troisième et ne relèverait donc pas de la Loi.

Nous proposons que l'on adopte une formule suffisamment claire pour que les personnes en cause puissent se faire une opinion assez précise sur leur situation. Nous suggérons que l'alinéa (a) de la définition de l'activité réglementée soit seul conservé et que les alinéas (b) et (c) soient supprimés. A défaut d'une exemption légale simple et claire, nous recommandons que le soin de mettre au point l'exemption de l'activité réglementée soit laissé aux tribunaux.

E. APPELS ET RÉVISION DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

Recommandations

LA COMMISSION DOIT
FORMULER DES
RECOMMANDATIONS, NON
DES ORDONNANCES

1. Il conviendrait d'adopter une procédure semblable à celle prévue pour la Loi sur l'examen de l'investissement étranger (FIRA) pour les articles visant la structure:
 - 31.71 (Fusion)
 - 31.72 (Monopole)
 - 31.73 (Monopole conjoint)et 31.76 (Accords spéciaux).

RÉVISION DES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

2. Il conviendrait de prévoir, avec l'accord du Ministre, une procédure de révision des décisions prises par la Commission par un comité spécial dans le cas des pratiques qui peuvent être examinées.

Procédure de révision des décisions

Les articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale prévoient un recours devant la Cour fédérale du Canada fondé sur des moyens relevant des tribunaux fédéraux en général et qui n'incluent pas le bien-fondé d'une décision de la Commission.

Il est évident que la Commission peut émettre des ordonnances dans le cas de pratiques pouvant faire l'objet d'un examen et que cela peut avoir de graves conséquences pour les personnes contre lesquelles ces ordonnances sont émises, ce qui, en outre, peut avoir une importance qui dépasse les intérêts des parties immédiates et affecter la structure de l'industrie ainsi que l'économie du Canada. Les ordonnances visées aux articles 31.71 (fusion), 31.72 (monopole), 31.73 (monopole conjoint) et 31.76 (accords de spécialisation) font partie de la seconde catégorie. Nous avons déjà recommandé dans le présent mémoire qu'une procédure spéciale soit instaurée pour les questions relevant de l'article sur le monopole conjoint.

L'Impériale comprend pourquoi un appel d'une ordonnance de la Commission porté devant les tribunaux peut sembler déplacé. Néanmoins, nous soutenons qu'il est nécessaire d'avoir un moyen de recours contre les ordonnances de la Commission et proposons donc la formule suivante:

- (1) Certaines dispositions des articles 31.71 (fusion), 31.72 (monopole), 31.73 (monopole conjoint) et 31.76 (accords de spécialisation), ressemblent de manière frappante à certains facteurs dont le Gouverneur en Conseil tient compte lorsqu'il estime les avantages que peut retirer le Canada aux termes de la FIRA. Comme ces situations concernent l'intérêt général, au même titre que celui des parties en cause, nous recommandons d'établir une procédure semblable à celle de la FIRA pour ces articles. Ainsi, la Commission ne pourrait pas émettre d'ordonnances mais conseillerait le Ministre responsable et l'assisterait, à l'instar de l'Agence chargée de l'examen de l'investissement étranger; le Ministre, à son tour, présenterait une recommandation au Gouverneur en Conseil qui prendrait la décision finale et émettrait l'ordonnance.
- (2) Dans le cas de pratiques pouvant faire l'objet d'un examen autres que la fusion, le monopole, le monopole conjoint et les accords de spécialisation, nous proposons que toute personne visée par une ordonnance de la Commission puisse demander au Ministre que la Commission réexamine son cas. Une révision devrait normalement être effectuée à partir des procès-verbaux de l'audience initiale; toutefois, le second comité aurait le droit, à sa discrétion, d'autoriser toute partie à fournir de nouveaux éléments de preuve, voire de produire de nouveau des preuves avancées lors de l'audience initiale. Un comité composé d'au moins cinq membres de la Commission, dont la majorité n'auraient pas assisté aux audiences d'origine, serait chargé de cette révision.

WITNESSES—TÉMOINS

At 9:30 a.m.

From the Grocery Products Manufacturers of Canada:

Mr. G. G. E. Steele, President;

Mr. V. J. Housez, Chairman of the Board, President and Chief Executive Officer of Standard Brands Canada Limited;

Mr. P. V. Moyes, Executive Vice-President.

From the Department of Consumer and Corporate Affairs:

Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research;

Mr. Robert J. Bertrand, Assistant Deputy Minister, Competition Policy and Director of Investigation and Research;

Mr. Dennis De Melto, Director, Manufacturing Branch.

At 11:00 a.m.

From the Canadian Petroleum Association:

Mr. G. W. Lade, Vice-President and General Counsel;

Mr. Hans Maciej, Technical Director;

Mr. J. D. Palmer, Manager Legal Division, Texaco Exploration Canada Limited.

At 3:30 p.m.

Professor W. T. Stanbury, Associate Professor, Faculty of Commerce and Business Administration, University of British Columbia;

Dr. D. E. Armstrong, Faculty of Management, McGill University;

Professor Peter Friesen, Faculty of Management, McGill University.

From the Department of Consumer and Corporate Affairs:

Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research;

Mr. Robert J. Bertrand, Assistant Deputy Minister, Competition Policy and Director of Investigation and Research.

At 8:00 p.m.

From Imperial Oil Ltd.:

Mr. D. H. MacAllan, Vice-President, Corporate Affairs and General Secretary;

Dr. W. D. R. Eldon, Senior Advisor, Government Relations Division, Corporate Affairs Department;

Mr. H. G. Batt, Q.C., Associate General Counsel.

From the Department of Consumer and Corporate Affairs:

Mr. Roy M. Davidson, Senior Deputy Director of Investigation and Research;

Mr. Dennis De Melto, Director, Manufacturing Branch.

A 9 h 30

Fabricants canadiens de produits alimentaires:

M. G. G. E. Steele, président;

M. V. J. Housez, président du conseil d'administration, président et directeur général de Standard Brands Canada Limited;

M. P. V. Moyes, vice-président exécutif.

Du ministère de la Consommation et des Corporations:

M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches;

M. Robert J. Bertrand, sous-ministre adjoint, politique de concurrence et directeur des enquêtes et recherches;

M. Dennis De Melto, directeur, division du secteur secondaire.

A 11 heures

De la Canadian Petroleum Association:

M. G. W. Lade, vice-président et conseiller général;

M. Hans Maciej, directeur technique;

M. J. D. Palmer, directeur de la division juridique, Texaco Exploration Canada Limited.

A 15 h 30

M. T. Stanbury, professeur associé, Faculty of Commerce and Business Administration, Université de la Colombie-Britannique;

M. D. E. Armstrong, Faculté de gestion, Université McGill;

Le professeur Peter Friesen, Faculté de gestion, Université McGill.

Du ministère de la Consommation et des Corporations:

M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches;

M. Robert J. Bertrand, sous-ministre adjoint, politique de la concurrence et directeur des enquêtes et recherches.

A 20 heures

De Imperial Oil Ltd.:

M. D. H. MacAllan, vice-président, Corporations et secrétaire général;

M. W. D. R. Eldon, premier conseiller, division des relations gouvernementales, département des affaires des corporations;

M. H. G. Batt, c.r., conseiller général associé.

Du ministère de la Consommation et des Corporations:

M. Roy M. Davidson, premier sous-directeur des enquêtes et recherches;

M. Dennis De Melto, directeur, division du secteur secondaire.

BINDING SECT. JUL - 3 1979

Government
Publications

